<36603454740011

Das

Preußische Strafrecht.

Von

Hugo Hälschner,

Doctor und Professor der Rechte an der Universität zu Bonn.

Zweiter Theil.

Den allgemeinen Theil des Systems umfassend.

Bonn,

bei Adolph Marcus.

1858.

System

des

Preußischen Strafrechtes.

Von

Hugo Hälschner,
Doctor und Professor der Rechte an der Universität zu Bonn.

Erster
oder allgemeiner Theil des Systems.

Bonn,
bei Adolph Marcus.
1858.

Vorrede.

Wenn ich geglaubt habe den ersten, die Geschichte des brandenburgisch-preußischen Strafrechtes behandelnden, Theil dieses Werkes durch seinen Inhalt für sich selbst sprechen lassen zu dürfen, so kann ich mich dagegen bei dem zweiten Theile desselben der Pflicht nicht überheben über den Standpunkt näheren Aufschluß zu geben, von dem aus seine Bearbeitung unternommen wurde.

Es war nicht nur der Plan zu diesem Werke bereits entworfen, sondern der erste Theil desselben schon im Drucke begriffen, als Köstlins System des deutschen Strafrechtes erschien, das im Wesentlichen von denselben Anschauungen ausgeht, welche für mich maßgebend gewesen sind, und im ersten Theile meines Werkes wohl schon kenntlich genug hervortraten. Weit entfernt es etwa als einen verwerflichen Irrthum beklagen zu wollen, daß die Wissenschaft, trotz der immer weiter fortschreitenden und das gemeine Strafrecht auf einen immer geringeren territorialen Umfang beschränkenden, neueren Gesetzgebung, dennoch weit überwiegend sich der Bearbeitung des gemeinen Rechtes zugewandt hat, bin doch auch ich der Ueberzeugung, daß nunmehr die Zeit gekommen ist, welche der Wissenschaft andere Wege vorzeichnet. Ohne Zweifel haben wir es im Wesentlichen der Wissenschaft und ihrem Verhalten zu verdanken, wenn die

Menge der deutschen Strafgesetzgebungen die nationale Einheit des Strafrechtes noch nicht zu zerstören vermocht hat. Mehr als zweifelhaft ist es aber, ob das gleiche Verhalten auch fernerhin im Stande sein möchte das Gleiche zu leisten. Es könnte dies nur dann der Fall sein, wenn sich wirklich behaupten ließe, daß die neuere Gesetzgebung uns in keinem wesentlichen Punkte einen, über die gemeinrechtliche Theorie hinausgehenden, Fortschritt gebracht hätte. Kann aber ein solcher Fortschritt nimmermehr geleugnet werden, und wird die in unserer Zeit erfolgte bedeutsame Umgestaltung des Strafverfahrens auch fernerhin, ebenso wie es in früheren Zeiten der Fall war, ihren umgestaltenden Einfluß auf das materielle Strafrecht nicht verfehlen, so bleibt der Wissenschaft, will sie in der bisherigen Weise am Systeme des gemeinen Rechtes festhalten, nichts übrig als entweder im Hergebrachten zu erstarren, oder wieder einzulenken auf die Bahn der haltlosen Willkür des 17. und 18. Jahrhunderts und ein System zu construiren, das allmälig eines jeden positivrechtlichen Inhaltes entkleidet, nur noch als ein criminalpolitisches System erscheint. Auf beiden Wegen wird sie für die Bewahrung der nationalen Einheit des Strafrechtes irgend Erhebliches zu leisten schwerlich vermögen, und wie hohe Zeit es ist, daß die Wissenschaft in anderer Weise dem Bedürfnisse der Zeit zu entsprechen suche, dafür liegen die Zeugnisse bereits unverkennbar vor. Es ist nicht zufällig, daß die Practiker mehr und mehr sich auf das Gebiet des Particularrechts zurückziehen, die gemeinrechtliche Doctrin ignoriren oder wohl gar sehr vornehm auf ihr Treiben herabblicken, während doch die Gesetzgebung wie die Praxis sich daheim auf dem Boden des eigenen Landesrechtes nicht befriedigt fühlt, darum die Hilfe des Auslandes, namentlich Frankreichs, in Anspruch genommen hat, und jetzt schon die französischen Criminalisten in Deutschland eine wichtige Rolle spielen läßt. Soll darum die Wissenschaft auf ein Sy-

stem des deutschen Strafrechtes völlig verzichten, und sich mit der Betrachtung des Particular-Strafrechtes begnügen? Gewiß nicht, und ebensowenig als sie auf ein System des deutschen Privatrechts Verzicht leisten wird. Aber darauf soll sie Verzicht leisten das gemeine deutsche Strafrecht nur als das System eines in einigen deutschen Ländern practisch geltenden Rechtes zu behandeln, neben welchem die neuere Gesetzgebung höchstens vergleichungsweise in Betracht kommt; darauf soll sie Verzicht leisten auf der Basis der gemeinrechtlichen Quellen ein System zu erbauen, das den Anspruch macht nicht nur für die Länder des gemeinen Rechts eine practische Bedeutung zu haben, sondern auch den Forderungen zu genügen, welche an die deutsche Strafrechtswissenschaft der Gegenwart überhaupt gestellt werden müssen. Sie soll mit vollem Bewußtsein, ebenso wie es bei dem deutschen Privatrechte geschieht, darauf ausgehen ein doctrinäres System des deutsches Strafrechtes zu construiren, das seinen Stoff ebensosehr den gemeinrechtlichen Quellen wie der neueren Gesetzgebung entnimmt. Hierbei ist es freilich die wesentliche Voraussetzung, daß von jeher und bis heut, trotz der Mannigfaltigkeit der Landesgesetzgebungen, eine folgerechte, einheitliche, durch den nationalen Character des deutschen Volkes bestimmte, Entwikkelung der strafrechtlichen Institutionen stattgefunden habe, und daß es darum der Wissenschaft, trotz aller individuellen Unterschiede, möglich ist das eigenthümlich deutsche Wesen dieser Institutionen, auf dem Wege wissenschaftlicher Abstraction aus der Mannigfaltigkeit ihrer particularrechtlichen Gestaltung, juristisch zu construiren. Daß wir gegenwärtig noch von solcher Voraussetzung ausgehen dürfen, bedarf keines Beweises; aber an der Wissenschaft ist es, so viel sie vermag, dazu mitzuwirken: eine Zeit von uns fern zu halten, in welcher die Landesgesetzgebungen so weit aus einander gehen, die Unterschiede nicht mehr nur individuelle, sondern das allgemeine

Wesen der strafrechtlichen Institutionen so tief erfassende sind, daß es nicht mehr möglich ist von einem Systeme des deutschen Strafrechtes zu sprechen, oder daß ein Versuch dasselbe zu entwickeln nur noch einige dürre, abstracte Allgemeinheiten ergiebt, an denen nichts Deutsches mehr zu entdecken ist. Wenn Köstlin es unternommen hat, in dem angegebenen Sinne ein System des deutschen Strafrechtes zu bearbeiten, so ist hier nicht der Ort zu untersuchen, in wie weit er seiner Aufgabe genügte, und jedenfalls wird sein Verdienst dadurch nicht geschmälert, daß er auf der neu betretenen Bahn wohl auch Fehltritte gethan hat. Aber es giebt für die Wissenschaft noch einen andern Weg, um von demselben Standpunkte ausgehend zu demselben Ziele zu gelangen, nämlich den einer systematischen Darstellung eines Particularstrafrechts, jedoch mit der bestimmten Tendenz, es nicht bloß in seiner individuellen Eigenthümlichkeit, sondern als einen, aus dem einheitlichen Stamme des deutschen Strafrechtes erwachsenen Zweig desselben darzustellen. Hieraus ergiebt sich aber für die Behandlungsweise des Particularstrafrechtes, wie sie im vorliegenden Werke rücksichtlich des preußischen Strafrechtes versucht worden ist, Zweierlei. Zuvörderst nämlich muß die Darstellung die gemeinrechtliche Theorie in der Art mit umfassen, daß diese als die dogmengeschichtliche Voraussetzung des Particularrechtes erscheint, und eine jede Lehre desselben auf die deutsche, gemeinrechtliche Wurzel, aus der sie entsprossen ist, zurückgeführt wird. Welche Bedeutung aber für die wissenschaftliche Erkenntniß des practisch geltenden Rechtes die rechtshistorischen Untersuchungen haben, das kann heut und bei dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft keines Beweises bedürfen. Mit großem Danke muß ich es anerkennen, wie sehr ich mich, durch das was Köstlin in dieser Beziehung bereits geleistet hat, in meiner Arbeit gefördert sah, obwohl ich kaum bei irgend einer Lehre ihm unbedingt habe folgen können, sondern mich fast

überall zu Ergänzungen oder Berichtigungen veranlaßt fand. Ich bin mir auch dessen recht wohl bewußt, wie unendlich Vieles in der Geschichte des Strafrechtes noch zu leisten ist, und daß darum auch meine Darstellung noch eine vielfach mangelhafte sein wird, glaube aber immerhin, daß auch unsere Zeit auf die systematische Darstellung des Strafrechts und die Fortbildung des Systems nicht verzichten darf, um etwa erst eine vollständigere und genügendere Feststellung der geschichtlichen Basis abzuwarten. Doch nicht bloß darauf kann es ankommen, aus seinen geschichtlichen Voraussetzungen den gegenwärtigen Zustand eines deutschen Particularstrafrechtes wissenschaftlich zu erkennen. Ist das preußische Strafrecht nicht bloß ein preußisches, sondern ein deutsches, und soll es ein solches sein und bleiben, so wird die Wissenschaft vermöge jener geschichtlichen Betrachtung ebenso befähigt wie berechtigt sein, das preußische Strafrecht nicht bloß vom dogmatischen, sondern ferner auch vom kritischen Standpunkte aus zu betrachten. Die geschichtliche Betrachtung einer Rechtsinstitution hat nicht bloß die Aufgabe die einzelnen Momente der Entwickelung, sondern das Gesetz derselben zu erkennen, ein Gesetz, das darum auch die Norm für den gegenwärtigen Zustand bildet, nach welcher zu entscheiden ist, inwieweit jene Rechtsinstitution in ihrer schließlichen Gestaltung den Anforderungen entspricht, die sich aus ihrem historisch bestimmten, begrifflichen Wesen folgerecht ergeben. Ich hoffe, soweit ich auf solche kritische Betrachtung eingegangen bin, die richtige Grenze beobachtet zu haben, die darin liegt, daß es sich hier nur um juristische Schlußfolgerungen aus den gegebenen Voraussetzungen, nicht aber um vage, criminalpolitische Erörterungen handelt. Daß ich eine solche Behandlungsweise wählte, geschah demnach in der Ueberzeugung, daß, wie gesagt, die gemeinrechtliche Theorie nicht länger mehr ignoriren darf, was die neuere Landesgesetzgebung geleistet hat, und darum entweder, soll

sie als selbständiges System auftreten, die Particulargesetzgebung in der angegebenen Weise als ihre Quelle benutzen, oder bei der systematischen Darstellung eines Particularstrafrechts in die Stellung der dogmengeschichtlichen Grundlage desselben eintreten muß. Es geschah in der Ueberzeugung, daß das preußische wie jedes andere deutsche Particularstrafrecht einer eigentlich wissenschaftlichen Behandlung nie fähig ist, wenn es nur in seiner Particularität aufgefaßt werden soll, weil das, was den eigentlichen Gegenstand der Wissenschaft bildet, das allgemeine, begriffliche Wesen der strafrechtlichen Institutionen, die hier in ihrer preußischen Form und Gestaltung betrachtet werden sollen, nichts Preußisches, sondern ein lediglich Deutsches ist. Es geschah in der Ueberzeugung, daß es Noth thut die Praxis auf die Quelle hinzuweisen, aus der sie schöpfen muß, soll sie nicht mehr und mehr sich in dem eng begrenzten Gesichtskreise ihres Particularrechts festsetzen und isoliren, mehr und mehr sich daran gewöhnen Leben und Bewegung nur noch von Erläuterungen des Landesrechtes aus seinen Materialen, Präjudizien und von der Landesgesetzgebung zu erwarten; daß es Noth thut die Landesgesetzgebung zu erinnern an die geschichtliche Basis, auf der sie beruht, und welche ihr zugleich die Norm ihrer Entwickelung vorzeichnet, eine Norm, an der sie festhalten muß, soll sie nicht ihr eigenes deutsches Wesen verläugnen, und soll die Hoffnung einer zukünftigen nationalen Einheit der Strafgesetzgebung nicht verloren gehen. Ob diese Auffassung eine in sich berechtigte ist, und in wie weit es mir gelungen ist, der gestellten Aufgabe zu genügen, dafür wird das Werk selbst den Beweis führen müssen.

Dem habe ich noch einige weitere Bemerkungen beizufügen. Man wird es hoffentlich nicht mißbilligen, wenn ich mich bemüht habe den gelehrten Apparat von Anführungen aus Quellen und Litteratur möglichst zu beschränken. Durch Kapplers Werk über die

Litteratur des Criminalrechts, durch das überreiche Material, das Mittermaier in seiner Ausgabe des Feuerbachschen Lehrbuchs und neuerdings wiederum Köstlin in seinem Systeme zusammengetragen haben, ist dasselbe so leicht zugänglich gemacht, daß ich darauf verzichten durfte eine auch nur annähernd vollständige Angabe der Litteratur zu erstreben. Dennoch hoffe ich, daß man eine umfassende Benutzung derselben nicht verkennen wird, und wünsche ich ganz insbesondere, daß mir bei der dogmengeschichtlichen Entwickelung der einzelnen Lehren Nichts entgangen sein möge, was irgend als ein wesentliches Moment dieser Entwickelung erscheinen könnte. Ebenso habe ich es vermieden, nachdem irgend ein Werk der Litteratur am entscheidenden Punkte angeführt war, im weiteren Verlaufe jeden Satz und jede Zeile desselben wiederholt zu citiren, und für völlig überflüssig habe ich es erachtet nur zum Zwecke der lobenden Anerkennung Anderer, oder der bloßen Bestätigung der eigenen Ansicht, die Citate unnöthig zu häufen. Wenn man vielleicht finden wird, daß ich bei den meisten Lehren des allgemeinen Theiles von der bisherigen Auffassung in wesentlichen Punkten abgewichen bin, und wenn ich in Folge dessen mich sehr vielfach zur Polemik veranlaßt fand, so glaube ich namentlich den Vorwurf der Ueberhebung und Mißachtung fremden Verdienstes von mir ablehnen zu müssen, wenn man einen solchen etwa daraus folgern wollte, daß ich mich, wie es in der Natur der Sache liegt, gerade gegen die bedeutendsten Werke unserer criminalistischen Litteratur polemisch gewandt habe, deren Verdienst ich selbst bereitwillig anerkenne und die meines besonderen Lobes nicht bedürfen. Leider hat der Druck dieses zweiten Theiles, in Folge gehäufter anderweitiger Amtsgeschäfte, eine längere Zeit, als ich wünschte, in Anspruch genommen. Daher erklärt es sich, daß ich die erste Lieferung von Bekkers Theorie des deutschen Strafrechts, Geyers Schrift über die Nothwehr,

Seegers Abhandlungen aus dem Strafrechte, überhaupt nicht, die sechste Auflage von Heffters Lehrbuch so wie Berners Lehrbuch des Strafrechts nur im letzten Drittel dieses Bandes benutzen konnte. Durch einen Zufall ist mir auch Schwarzes Abhandlung vom fortgesetzten Verbrechen zu spät zur Hand gekommen, würde mich aber auch nicht zu einer anderen Fassung dieser Lehre bestimmt haben.

Bonn an Ostern 1858.

Der Verfasser.

Erklärung der Abkürzungen,

so weit sie nicht durch sich selbst verständlich sind.

A. bedeutet Archiv des Criminalrechts.

Bauer Anmerk. = Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover. Mit Anmerkungen von Bauer. Göttingen 1826.

Berner Imput. = Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre von Berner. Berlin 1843.

Berner Theilnahme = Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, von Berner. Berlin 1847.

Beseler Komment. = Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten u. s. w. von Beseler. Leipzig 1851.

Böhmer Obs. ad Carpz. = Böhmeri Observationes ad Carpzowii Practicam rerum criminalium. Francofurti 1759.

Böhmer Med. = Böhmeri Meditationes in constitutionem criminalem carolinam. Halae 1770.

Engau Element. = Engau Elementa iuris criminalis. Ienae 1742.

Feuerbach Revis. = Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts von Feuerbach. Erfurt 1799—1800.

G. S. = Gesetzsammlung für die Königl. Preuß. Staaten.

Goltdammer Mat. = Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten u. s. w. von Goltdammer. Berlin 1851 u. 1852.

Goltdammer A. = Archiv für Preußisches Strafrecht. Herausgegeben durch Goltdammer. Berlin 1853—1857.

Grolman Grundsätze = Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft von Grolman. Gießen 1805.

Henke Crim. Vers. = Criminalistische Versuche von Henke. Berlin 1807.

Klein Grundsätze = Grundsätze des gem. deutschen Peinlichen Rechts von Klein. Halle 1799.

Kleinschrod = Kleinschrods systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. Erlangen 1794—1796.

Koch Inst. = Institutiones iuris criminalis scripsit Koch. Ienae 1786.

Köstlin N. Revis. = Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts von Köstlin. Tübingen 1845.

Köstlin Syst. = System des deutschen Strafrechts von Köstlin. 1. Abth. Tübingen 1855.

Luden Abhandl. = Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte von Luden. Göttingen 1836. 1840.

Meister Princip. = Meisteri principia iuris criminalis. Gottingae 1819.

Mittermaier z. F. = Mittermaiers Zusätze zum Lehrbuche des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts von Feuerbach. Gießen 1847.

N. A. = Neues Archiv des Criminalrechts.

Oersted Grundreg. = Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung von Oersted. Kopenhagen 1818.

Oppenhoff = Das Strafgesetzbuch für die Preuß. Staaten erläutert aus den Materialien u. s. w. durch Oppenhoff. Berlin 1856.

Osenbrüggen Abhandl. = Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht von Osenbrüggen. Erlangen 1857.

Püttmann Elem. = Püttmanni Elementa iuris criminalis. Lipsiae 1779.

Quistorp Grundsätze = Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Rostock 1794.

Rein = Das Criminalrecht der Römer von Rein. Leipzig 1844.

Roßhirt Entwick. = Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts von Roßhirt. Heidelberg 1828.

Stübel Thatbestand = Ueber den Thatbestand der Verbrechen von Stübel. Wittenberg 1805.

Stübel Theilnahme = Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen von Stübel. Dresden 1828.

Temme Gl. = Glossen zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten von Temme. Breslau 1853.

Temme Lehrb. = Lehrbuch des preußischen Strafrechts von Temme. Berlin 1853.

Trummer Crim. Beitr. = Criminalistische Beiträge von Hudtwalker und Trummer von 1825—1827.

Zachariä Versuch = Die Lehre vom Versuche der Verbrechen von Zachariä. Göttingen 1836. 1839.

Wo nur der Name des Verfassers citirt ist, bezieht sich derselbe entweder auf das unmittelbar vorher vollständiger angeführte Werk desselben, oder dessen Lehr- oder Handbuch des Strafrechts.

Inhalts-Verzeichniß.

Einleitung.

	Seite
I. Die Formen des Unrechts §. 1–2.	1
II. Die Stellung des Strafrechts im Systeme §. 3.	9
III. Die Strafrechtstheorien §. 4.	11

Erster oder allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.
Recht und Gesetz.

I. Das positive Recht §. 5—6.	18
II. Die Quellen des preußischen Strafrechts §. 7—9.	23
III. Die Bedingungen der Giltigkeit des Strafgesetzes §. 10—12.	30
IV. Die Verbindlichkeit des Strafgesetzes und die Rechtsunwissenheit §. 13.	35
V. Die Grenzen für die Wirksamkeit des Strafgesetzes.	
1. Die zeitlichen Grenzen §. 14.	39
2. Die räumlichen Grenzen §. 15.	45
VI. Die Ausschließlichkeit der Strafgewalt des Staates §. 16.	74
VII. Die Auslegung des Strafgesetzes §. 17—18.	78

Zweiter Abschnitt.
Das Verbrechen.

Einleitung §. 19—20.	94

Erstes Kapitel.
Das Verbrechen rücksichtlich seiner Form.

I. Der Ursprung des Verbrechens in der Freiheit §. 21—23.	98
II. Die Zurechnungsfähigkeit §. 24—29.	103
III. Die formelle Zurechnung §. 30—31.	120
1. Der Wille.	
a. Der Vorsatz und die Absicht §. 32—36.	122
b. Das Versehen §. 37—40.	148
c. Der Zufall §. 41—43.	165
2. Die That §. 44.	171
a. Die Vollendung §. 45.	171
b. Der Versuch §. 46—53.	173

Zweites Kapitel.

Seite

Das Verbrechen rücksichtlich seines Inhaltes.

Einleitung §. 54—56. 214

I. Die Rechtsverletzung §. 57—58. 218

1. Die Rechtsverletzung nach Qualität und Quantität §. 59. . 222

2. Die Rechtsverletzung rücksichtlich ihrer Gefährlichkeit §. 60—61. . 225

3. Beschädigungen, denen der Character der criminellen Rechtsverletzung mangelt.

a. Beschädigung des Einwilligenden §. 62. . . . 231

b. Die Selbstbeschädigung §. 63. 241

c. Die Nothwehr §. 64—67. 243

d. Der Nothstand §. 68—69. 271

II. Die sittliche Schuld §. 70—72. 280

1. Die thatsächliche Bedingtheit des Willens §. 73—77. . . 285

2. Selbstbestimmung und Verführung (Theilnahme am Verbrechen) §. 78—81. 294

a. Der unmittelbare Urheber und der Gehilfe §. 82—85. . 300

b. Der intellectuelle und der physische Urheber §. 86—90. . 340

c. Die Miturheber §. 91—98. 375

3. Der Zweck des Verbrechens §. 99—107. . . . 402

4. Die Macht des Bösen §. 108. 415

a. Das actuelle Verbrechen §. 109. 415

b. Das gewohnheitsmäßige Verbrechen §. 110—111. . . 417

c. Das zuständlich gewordene (gewerbsmäßige) Verbrechen §. 112. 424

Drittes Kapitel.

Der allgemeine Thatbestand des Verbrechens. §. 113—114. . 431

Dritter Abschnitt.

Die Strafe. §. 115. . . 435

I. Die Strafe an sich.

1. Der Begriff der Strafe §. 116—118. 435

2. Der Zweck der Strafe §. 119—122. 439

3. Die Strafmittel.

a. Eintheilung der Strafen §. 123—124. 443

b. Die Hauptstrafen §. 125—130. 450

c. Die Nebenstrafen §. 131—139. 457

II. Die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen.

1. Die Strafzumessung und Strafverwandlung §. 140—145. . 466

2. Die Strafänderung (Schärfung und Milderung) §. 146—147. . 477

3. Die Concurrenz der Verbrechen §. 148—149. . . . 489

III. Die Tilgung des Verbrechens ohne Strafe.

1. Der Tod des Verbrechers §. 150—151. . . . 529

2. Die Verjährung §. 152—156. 531

3. Die Begnadigung §. 157—158. 542

Einleitung.

I. Die Formen des Unrechtes.

§. 1. Das Verbrechen, dessen Wesen und rechtliche Folgen die Strafrechtswissenschaft darzustellen hat, ist eine besondere Form des Unrechtes. In allen seinen Formen ist das Unrecht die in einer menschlichen Handlung in die Erscheinung tretende Entgegensetzung gegen das Recht. Es stellt sich aber das Unrecht entweder dar, 1) als das civile Unrecht. Gegenstand desselben ist die der Privatwillkür unterworfene Vermögensberechtigung einer Person, und der eigenthümliche Character der unrechtlichen Handlung liegt darin, daß sie als eine an sich berechtigte, nur in ihrer Beziehung auf das Recht des Andern als Unrecht erscheint, daß sie in allen Fällen ein nur relatives Unrecht ist. Das Unrecht wird darum in solchem Falle aufgehoben, indem die von dem subjectiven Interesse der Parteien unabhängige Macht des Rechtes, das Gericht, eine gerechte Ausgleichung des Conflictes der im concreten Falle einander entgegengesetzten Berechtigungen der Parteien bewirkt. Oder das Unrecht ist 2) das strafbare Unrecht, und die Strafe kann das nothwendige Mittel zur Herstellung des Rechtes nur in dem Falle sein, in welchem die Rechtsordnung selbst durch den ihr sich entgegensetzenden und unter sie zu beugenden Willen gebrochen ist. Die Rechtsordnung als mögliches Object eines strafbaren Angriffes hat aber ihr Dasein entweder nur im Gesetze, oder in den vom Gesetz in der Berechtigung ihres Daseins anerkannten und geschützten Rechten, rechtlichen In-

stitutionen und sittlichen Mächten. Hat nämlich der Staat nicht bloß das formale Recht zum Gegenstande seiner Thätigkeit, sondern ist es seine Aufgabe in der Form des Rechtes und durch die Macht desselben allen Aeußerungen und Gestalten des geistig sittlichen Lebens ihr ungestörtes Dasein, ihre ungehemmte Entwickelung und Wirksamkeit zu gewähren, so ist es das Recht und die Pflicht des Staates sie nicht bloß gegen den unmittelbaren, rechtswidrigen Angriff, sondern auch gegen Handlungen zu schützen, welche in ihren möglichen Folgen ihnen Schaden bereiten können. Handlungen der letztern Art haben, wenn sie begangen werden, also nur das entgegenstehende gesetzliche Gebot oder Verbot zum Gegenstande, ohne sonst nach irgend einer Seite rechtsverletzend zu wirken. Gleichwohl sind solche Handlungen wirkliches Unrecht vermöge der Entgegensetzung des subjectiven Willens gegen das Gebot oder Verbot des Gesetzes, das seine Berechtigung in der möglichen Schädlichkeit der betreffenden Handlungsweise findet. Wir bezeichnen diese Form des strafbaren Unrechtes als das polizeiliche Unrecht. Das polizeiliche Unrecht unterscheidet sich demnach vor dem civilen durch das Object der Rechtsverletzung, wogegen es mit diesem darin übereinkommt ein nur relatives Unrecht zu sein, indem es in allen Fällen eine an sich nicht rechtswidrige Handlung ist, die nur in ihrer Beziehung auf das entgegenstehende Gesetz als Unrecht erscheint. Von dem polizeilichen unterscheidet sich aber ferner als eine andere Form des strafbaren Unrechtes das criminelle Unrecht dadurch, daß der Gegenstand desselben nicht bloß die Rechtsordnung in der Form des Gesetzes, sondern in der eines daseienden und als solches gesetzlich anzuerkennenden und zu schützenden Rechtes ist. Das Recht als mögliches Object des Verbrechens hat aber sein Dasein nicht bloß in der Form der subjectiven Berechtigung, sondern auch in der rechtlicher Institutionen, wonach also namentlich der Staat, seine Einrichtungen und Organe Gegenstand des Verbrechens sein können. Wenn ferner zwar die Sittlichkeit als eine vom Individuum innerlich und an sich selbst zu vollziehende Aufgabe ihrer Natur nach nicht als eine Rechtspflicht behandelt und zum Gegenstande der Strafgesetzgebung ge-

macht werden kann, so existirt doch das Sittliche zugleich nothwendig unabhängig vom subjectiven Willen in der Form sittlicher Güter, sittlicher Institutionen und Mächte, weil nämlich das Individuum seine sittliche Aufgabe nicht bloß aus sich und durch die eigene Kraft zu vollbringen vermag, sondern nur indem ihm das Sittliche als ein objectiv Daseiendes und Gegebenes zur innern Aneignung dargeboten wird. Darum ist das Sittliche in dieser Form der Objectivität und als nothwendiges Gut des gesellschaftlichen Lebens der subjectiven Willkür gegenüber in seinem Dasein ein Berechtigtes, ein Recht, und darum sind also Familie und Kirche nicht bloß als Rechtsinstitutionen, sondern es ist die Familie in ihrem sittlichen Wesen, es ist die Religion, es ist die Moralität, zwar nicht als subjective Pflicht, aber als ein objectiv daseiendes Gemeingut der Gesellschaft mögliches Object des Verbrechens. Das criminelle Unrecht unterscheidet sich demnach von dem civilen ebenso wie das polizeiliche durch das Object der Rechtsverletzung, das nicht bloß die fremde Vermögensberechtigung, sondern die Rechtsordnung selbst ist. Es unterscheidet sich näher von dem polizeilichen Unrechte dadurch, daß es sich der Rechtsordnung nicht nur in der Form des positiven Gesetzes, sondern des daseienden Rechtes entgegengestellt, und es unterscheidet sich endlich gleich sehr vom civilen wie polizeilichen Unrechte durch den Charakter der Handlung, die nicht ein relatives sondern ein absolutes Unrecht enthält. Ein absolutes Unrecht ist das Verbrechen darum, weil die Handlung an sich selbst, ihrem Inhalte nach dem Rechte, der Gerechtigkeit entgegengesetzt ist, so daß die besondre Form und Gestalt des Rechtes, welche das nächste Object des Verbrechens ist, nur das Mittel bildet, an welchem jene dem Rechte an sich widerstrebende Willensbestimmung in die Erscheinung tritt. Insofern also dieses besondere verletzte Recht ein gesetzlich anerkanntes und durch positive Strafbestimmung geschütztes ist, so enthält das Verbrechen in seiner Beziehung auf das Gesetz zugleich ein relatives Unrecht, ist aber in seinem begrifflichen Wesen von der positiven Strafbestimmung unabhängig. Wenn ferner durch das Verbrechen eine fremde Vermögensberechtigung verletzt wird, so enthält es zu-

gleich ein civiles Unrecht, ist aber in seinem Wesen ebenso auch von der Verletzung einer subjectiven, namentlich Vermögens-Berechtigung völlig unabhängig. Darum ist es insbesondere etwas durchaus Zufälliges, daß bei manchen Formen des Verbrechens, z. B. dem Morde, der Charakter des Verbrechens ein absolutes Unrecht zu sein, viel leichter erkennbar hervortritt, als bei anderen Formen, bei welchen, wie z. B. dem Betruge, das Verbrechen sich hinter dem Scheine einer rechtlichen oder nur civiliter unrechtlichen Handlung verbirgt.

Anmerk. Wenn seit einem Jahrhundert wohl keine rechtswissenschaftliche Disciplin in gleichem Maße wie die Strafrechtswissenschaft in ihrer Entwickelung unter dem Einflusse der Philosophie des Zeitalters gestanden hat, so ist es allerdings eine eigenthümliche Erscheinung, daß noch heut die Begriffsbestimmung des Verbrechens in der Doctrin eine so durchaus schwankende ist. Selbst der lange Kampf der verschiedenen Strafrechtstheorien hat in dieser Beziehung die Wissenschaft wenig gefördert, da sich hier alles Interesse in der Frage nach Wesen und Zweck der Strafe concentrirte, während man sich in Betreff des Verbrechens damit begnügte es als eine mit Strafe bedrohte Handlung zu bezeichnen, oder höchstens etwa zugab, daß das Strafgesetz die Handlung nicht erst zur verbrecherischen mache, sondern nur ihre innere Strafwürdigkeit ausspreche. Die Frage dagegen, worin die Strafwürdigkeit der verbrecherischen Handlung liege, wurde entweder umgangen, oder dahin beantwortet, daß dafür die Norm lediglich in den eigenthümlichen sittlichen Anschauungen der Zeit zu suchen sei [1]). So richtig diese Antwort vom Standpunkte des positiven Rechtes aus sein mag, so liegt doch in ihr zugleich der Verzicht auf eine jede begriffliche Bestimmung des Verbrechens. Es ist das Verdienst Hegels [2]), diese durch seine Unterscheidung der verschiedenen Formen des Unrechtes angeregt, und das Köstlins [3]), diese Unterscheidung dahin berichtigt zu haben, daß er an die Stelle des civilen Unrechtes, des Betruges und des Verbrechens, das polizeiliche, das civile und das criminelle als die

---

1) Neuerdings hat wieder Temme Lehrb. §. 1—3 auszuführen versucht, daß die Grenzen der unsittlichen Handlung, des civilen und des criminellen Unrechtes überhaupt nicht begrifflich, sondern nur vom Standpunkte des positiven Rechtes aus zu bestimmen seien.

2) Hegel Philosophie des Rechts §. 82—104.

3) Köstlin Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts §. 3—6. System des deutsch. Strafrechts §. 2. 18.

drei qualitativ verschiedenen Formen des Unrechtes setzte. Sehr beachtenswerth ist die hiervon abweichende Bestimmung dieser Unterschiede bei Stahl[4]). Das Moment, welches bei der Unterscheidung des civilen und des criminellen Unrechtes nach dem Vorgange Hegels als das entscheidende geltend gemacht zu werden pflegt, daß nämlich das civile Unrecht als das unbefangene auf einer unbewußten Entgegensetzung des Einzelwillens gegen das Recht beruhe, im Verbrechen dagegen „der Unterschied des Einzelwillens vom allgemeinen zum bewußten Gegensatze" werde, kann nicht als richtig anerkannt werden. Es würde hieraus nothwendig folgen, daß einerseits alle so vielfach vorkommenden Fälle der mala fides und des dolus vom civilen Unrecht, und andrerseits alle culposen Rechtsverletzungen vom criminellen Unrecht auszuschließen wären, während doch das civile Unrecht eben so sehr wie das Verbrechen in einer bewußten, und das Verbrechen eben so sehr wie das civile Unrecht in einer unbewußten Entgegensetzung gegen das Recht bestehen kann. Richtig ist es, daß das civile Unrecht nicht wesentlich ein schuldhaftes Wollen erfordert, während doch durch ein solches die Natur des civilen Unrechtes nicht aufgehoben wird, und daß das Verbrechen stets ein schuldhaftes Wollen erfordert, während doch die Schuld eben so sehr unmittelbar im Willen als in einem schuldhaften Verhalten des Denkens und dadurch mittelbar im Willen liegen kann. Der Unterschied des civilen und criminellen Unrechtes kann darum nicht in dem bewußten oder unbewußten Vollbringen des Unrechtes liegen, sondern nur in dem Objecte der Rechtsverletzung und, was damit nothwendig zusammenhängt, in der rechtlichen Bedeutung der Handlung. Das Object der Rechtsverletzung ist entweder lediglich die der freien Verfügung des individuellen Willens unterworfene Vermögensberechtigung, oder das Recht als die objectiv daseiende Rechtsordnung. Eine Rechtsverletzung der erstern Art kann nur stattfinden vermöge einer an sich berechtigten Handlung, die nur in ihrer Beziehung auf die Berechtigung der andern Person als unrecht erscheint. Eine Sache mit dem Willen sie als die ihrige zu haben, zu besitzen, ist ein Recht der Person, aber ein Recht das in Beziehung auf das Eigenthum einer andern Person unrecht sein kann; es ist das Recht der Person über ihr Eigenthum frei zu verfügen, aber diese Verfügung kann im Verhältniß zum dinglichen oder Forderungsrechte eines Andern unrecht sein; jeder Mensch hat das Recht die Art seiner Thätigkeit

---

4) Stahl Philosophie des Rechts II. 2. §. 143. Vergl. auch Chalybäus System der speculativen Ethik II. §. 151 flg. J. H. Fichte System der Ethik II. 2. §. 101.

frei zu bestimmen, aber diese berechtigte Selbstbestimmung ist unrecht, wenn er sich damit einer Thätigkeit entzieht, zu welcher er sich vertragsmäßig verpflichtet hatte. Im Falle des civilen Unrechtes findet also stets eine Collision verschiedener subjectiver Berechtigungen statt, von denen die eine durch ihre Beziehung zur andern als unrecht erscheint. So wie dagegen die Rechtsordnung selbst Gegenstand der Rechtsverletzung ist, so ist auch nothwendig die Handlung eine an sich rechtswidrige. Ein Angriff auf Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre des Menschen, auf den Staat u. s. f. ist nie eine Handlung, zu welcher die Privatperson als solche berechtigt sein könnte, und auch die Verletzung der Vermögensberechtigung durch eine an sich berechtigte Handlung, z. B. Besitzergreifung, kann in das criminelle Unrecht übergehen, insofern der Handlung im concreten Falle durch eine der Rechtsordnung selbst mit Bewußtsein sich entgegensetzende Willensbestimmung die Qualität der an sich rechtswidrigen verliehen wird. Darum können alle derartigen Verbrechen nie durch Fahrlässigkeit begangen werden, da in solchem Falle die Handlung sich nicht als eine an sich rechtswidrige bestimmen, und darum auch nicht die Rechtsordnung selbst zum Objecte der Verletzung haben würde.

Nicht weniger ist bis heut die Unterscheidung des polizeilichen und des criminellen Unrechtes eine durchaus schwankende [5]), und namentlich hat sich hierin die strafrechtliche Doctrin bisher von der Polizeiwissenschaft nur sehr wenig gefördert gesehen [6]). Während einerseits der Unterschied ganz verwischt wurde, indem man entweder das criminelle Unrecht gänzlich in dem polizeilichen [7]), oder das polizeiliche in dem criminellen Unrecht aufgehen ließ [8]), wurde andrerseits der Unterschied zwar festgehalten, aber entweder als ein begrifflich nicht erfassbarer lediglich auf die Bestimmungen des positiven Rechtes zurückgeführt [9]), oder in Folge der eigenthümlichen Begriffsbestimmung des Verbrechens schief gefaßt. Dem eigenthümlichen rechtsphilosophischen Standpunkte Feuerbachs, nach welchem jedes Verbre-

---

5) Vgl. Köstlin N. Revision S. 691 flg. Derselbe System S. 17 flg.

6) Vgl. Mohl System der Präventiv-Justiz. 2. Aufl. S. 18 flg. Mohl Die Polizei-Wissenschaft I. S. 37 flg. Behr Polizei-Wissenschaftslehre I. §. 16 flg.

7) Klein Grundsätze §. 41—43. Stübel Krim. Verfahren I. S. 15 flg. Trummer in den krim. Beiträgen III. 2. S. 111 flg. Stübel im N. A. VIII. S. 236 flg. Vgl. Cucumus Ueber die Eintheilung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen. Ders. im N. A. VII. S. 120 flg.

8) Henke Handbuch I. §. 34. Roßhirt Die Natur der s. g. polizeilich strafbaren Handlungen im N. A. 1832. S. 290. Lotz im N. A. IV. S. 405. Heffter im A. 1843. S. 113 flg.

9) Roßhirt a. a. O. und Geschichte und System des deutsch. Strafrechts III. S. 160 flg. Heffter Lehrb. §. 31. N. 3. Vgl. Marezoll Criminalr. S. 139.

chen nothwendig Rechtsverletzung im Sinne der Verletzung einer individuellen Berechtigung ist, entsprach es, wenn er alle diejenigen strafbaren Handlungen als Polizeivergehen bezeichnete, bei welchen, trotz aller angewandten so vielfach aushelfenden Künsteleien, das geeignete Object der Rechtsverletzung sich nicht entdecken ließ, eine Auffassung, welcher selbst der Gegner Feuerbachs, Grolman, sich anschloß [10]). Auch Köstlin verfährt, indem er den Unterschied des civilen und criminellen Unrechtes nur darin sucht, daß die Differenz des besondern und des allgemeinen Willens entweder eine unbefangene oder eine bewußte sei, ganz folgerecht, wenn er den Grund des polizeilichen Unrechtes ebenfalls im Willen, und zwar in ihm als der Möglichkeit zu beidem, dem Rechte gemäß zu sein oder dasselbe zu verletzen, sucht und deshalb das polizeiliche als das bloß mögliche Unrecht bestimmt [11]). So wenig aber jene Unterscheidung des civilen und criminellen Unrechtes genügen kann, so wenig diese Bestimmung des polizeilichen Unrechtes. Wäre es wirklich nur das mögliche Unrecht, so könnte seine Folge auch nur die polizeiliche Sicherungsmaßregel, nicht aber Strafe sein. Bestraft wird es, weil es ebenso wie das civile und criminelle wirkliches Unrecht ist, während es sich von jenem dadurch unterscheidet, daß es allerdings nur das Gesetz und die Pflicht zum Gehorsam gegen das Gebot des Staates, nicht eine subjective Berechtigung oder irgend ein Recht außer dem des Staates solchen Gehorsam zu fordern, zum Objecte der Verletzung hat. Als strafwürdig ist aber ein bestimmtes Verhalten mit Polizeistrafe zu bedrohen, wenn es in seinen möglichen Folgen sich als ein den gesellschaftlichen Interessen schädliches erweist. Darum kann auch das polizeiliche Unrecht nicht als die reale Möglichkeit der Verletzung eines Rechtes bezeichnet werden. Mag es in vielen Fällen eine solche sein, so gewiß nicht in allen. Die Bettelei, die Verletzung der Gebote in Betreff der öffentlichen Reinlichkeit, das Zurückhalten der Kinder vom Schulbesuche wird bestraft, weil aus solchem Verhalten sich für die Gesellschaft schädliche Folgen ergeben können, und es ist nicht wohl einzusehen, welche Rechtsverletzung als reale und nicht bloß abstracte Möglichkeit in solcher Handlungsweise liegen soll.

§. 2. **Die preußische Gesetzgebung hat, wie dies überhaupt**

---

10) Feuerbach Lehrb. §. 432. Grolman Grundsätze S. 515 flg. Vgl. auch Wächter Lehrb. §. 231 flg. Nur eine auf denselben Voraussetzungen beruhende Modification der Feuerbachschen Ansicht ist die Unterscheidung der Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen, welche letztere die Polizeivergehen, ohne mit ihnen identisch zu sein, mit umschließen sollen. Vgl. Luden Abhdlg. II. S. 167 flg.

11) Köstlin a. a. O.

nicht die Aufgabe der Gesetzgebung sein kann, einen allgemeinen Grundsatz über den Unterschied des civilen und des strafbaren Unrechtes nirgends aufgestellt. In wie weit es der preußischen Strafgesetzgebung gelungen ist, im Einzelnen die Grenzen dieses Unterschiedes festzuhalten und durchzuführen, wird später zu untersuchen sein. Dagegen ist durch das Strafgesetzbuch von 1851 nicht nur das criminelle und polizeiliche Unrecht gegen einander abgegrenzt, sondern auch ferner das erstere in sich in zwei Arten unterschieden worden. Die Norm für diese Eintheilung aller strafbaren Handlungen in Uebertretungen, Vergehen und Verbrechen ist das Strafmaß [1]. Hiernach ist 1) eine Uebertretung die strafbare Handlung, welche im Gesetze mit Gefängnißstrafe bis zu sechs Wochen oder mit Geldbuße bis zu fünfzig Thalern, oder in älteren, vor dem Strafgesetzbuche erlassenen Gesetzen, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen, Geldbuße bis zu fünfzig Thalern oder mit einer in den Gesetzen als eine willkürliche bezeichneten Strafe bedroht ist; 2) ein Vergehen die Handlung, welche die Gesetze mit Einschließung bis zu fünf Jahren, mit Gefängnißstrafe von mehr als sechs Wochen oder mit Geldbuße von mehr als fünfzig Thalern bedrohen. In Betreff der älteren noch fortbestehenden Strafgesetze ist angeordnet, daß bei ihrer Anwendung nicht die von ihnen angedrohte Art der Freiheitsstrafe, sondern nur deren Dauer entscheiden soll, so daß eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen bis höchstens fünf Jahren die strafbare Handlung als Vergehen bezeichnet, das jetzt ohne Rücksicht auf die Strafart des betreffenden ältern Gesetzes nur noch mit Gefängnißstrafe oder Einschließung bestraft werden kann. Außerdem aber sollen auch solche Handlungen, welche nach dem von jenen älteren Gesetzen angedrohten Maße der Freiheitsstrafe zu den Uebertretungen gehören würden, als Vergehen behandelt werden, wenn zugleich auf den Verlust von Aemtern, oder des Rechtes zum Gewerbebetriebe für immer oder auf Zeit,

---

1) Stf. G. B. §. 1. Einf. G. Art. VIII. IX. Bericht der Kommission der 2. Kammer zum Stf. G. B. §. 1. und zum Einf. G. Art. VII. a, b, c. Beseler Komment. S. 60 fg. und S. 608 fg. Temme Lehrb. §. 29. Oppenhoff zu Art. VIII. u. IX. des Einf. G. und §. 1. des Stf. G. B.

oder auf Stellung unter Polizei-Aufsicht zu erkennen ist. 3) Ein Verbrechen ist endlich diejenige Handlung, welche die Gesetze mit der Todesstrafe, mit Zuchthausstrafe oder mit Einschließung von mehr als fünf Jahren bedrohen. Eine Handlung, welche nach Strafgesetzen, die durch das Strafgesetzbuch nicht aufgehoben wurden, zu beurtheilen ist, soll als Verbrechen behandelt werden, wenn sie im höchsten Strafmaße mit einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren bedroht ist. Diese Freiheitsstrafe soll nach Maßgabe der Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Strafen (Tit. 1) in der Form der Zuchthausstrafe zuerkannt werden, wenn in dem betreffenden ältern Gesetze ausschließlich Zuchthaus-, Arbeits- oder Festungsstrafe angedroht ist. In diesem Falle darf aber auch die Zuchthausstrafe nur dann eintreten, wenn der Richter mindestens das nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches geringste Maß der Zuchthausstrafe, nämlich zwei Jahre, für angemessen erachtet. In allen anderen Fällen kann nur Gefängnißstrafe oder Einschließung stattfinden, jedoch kann neben der Gefängnißstrafe auf zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, wenn die in dem ältern Gesetze angedrohte Freiheitsstrafe in Zuchthaus-, Arbeits- oder Festungsstrafe besteht.

II. Die Stellung des Strafrechtes im Systeme.

§. 3. Die nothwendige rechtliche Folge des Verbrechens ist die Strafe, und zwar nicht bloß in dem Sinne, daß der Verbrecher verpflichtet erscheint sich der Strafe zu unterwerfen, sondern auch in dem, daß er die Strafe als sein Recht zu fordern hat. Darum haben die Grundsätze des Strafrechtes und der Strafrechtswissenschaft allerdings die wesentliche Aufgabe: als die entscheidenden Normen in allen den Fällen zu dienen, in denen es darauf ankommt dem eines Verbrechens schuldigen Individuum in allen Beziehungen das ihm zukommende Recht zu Theil werden zu lassen. Gleichwohl bildet das Strafrecht in dem Systeme der Rechtswissenschaft nicht einen Theil des Privat- sondern des Staats-Rechtes. Ist zwar der Staat die ge-

schichtliche Voraussetzung des gesammten Rechtslebens, so doch nicht die begriffliche aller Zweige der Rechtswissenschaft. Die Wissenschaft des Privat- und Familienrechtes hat lediglich das begriffliche Wesen der Privatperson und der sittlichen Einheit der Familie, in keiner Beziehung das des Staates zur Basis. Die Wissenschaft des Staatsrechtes dagegen geht in allen ihren Bestandtheilen nur vom Begriffe des Staates aus, und hat überall nur vom Rechte des Staates zu reden. Das Individuum, sei es eine natürliche oder juristische Person, kommt im Staatsrechte in Betracht, entweder, indem es überhaupt nicht als Privatperson, sondern als Glied und Organ des Staates erscheint und dessen Recht zu üben berufen, d. h. gleichsehr berechtigt wie verpflichtet ist, oder indem es als Privatperson zum Staate in einem, dessen Rechte entsprechenden Verhältnisse der Verpflichtung steht. Die Wissenschaft des Strafrechtes bildet aber einen Theil der Staatsrechtswissenschaft darum, weil es das Wesen des Staates, und nur des Staates, ist die Macht des Rechtes zu sein; weil ohne den Staat jedes Recht nur als eine in ihrer Verwirklichung von der subjectiven Willkür abhängige Forderung erscheint, und ein von dieser unabhängiges Dasein nur gewinnt, wenn im Staate und durch denselben das Recht ein mächtiges wird; weil also das Unrecht in allen seinen Formen nur im Staate und durch ihn selbst aufgehoben werden kann. Der Staat ist es, der das ihm allein zukommende Recht übt, indem er das Verbrechen straft, ein Recht, dessen Uebung wie die eines jeden seiner Rechte zugleich eben so sehr seine Pflicht ist. Dem Staate allein gebührt das Strafrecht, weil er sich von anderen Rechtssubjecten nicht bloß dadurch unterscheidet, daß ihm qualitativ und quantitativ andere Rechte als diesen zukommen, sondern dadurch, daß nur in ihm die Gerechtigkeit, welche das Object des Verbrechens bildet und allein das Unrecht zu tilgen vermag, zum Dasein kommt, und ebenso weil nur der Staat die zur Uebung der Strafgerechtigkeit erforderliche Macht besitzt und zu besitzen berechtigt ist. Diesem Rechte des Staates entspricht die Pflicht der Privatperson, ihren Willen der Gerechtigkeit unterzuordnen, und insbesondere die Pflicht des Verbrechers,

sich der Strafe zu unterwerfen, eine Pflicht die wesentlich dadurch bedingt ist, daß ihm in der Strafe sein Recht zu Theil werde. Hieraus ergiebt sich von selbst eben so sehr der Inhalt der Strafrechtswissenschaft wie ihre Abgrenzung gegen andere rechtswissenschaftliche Disciplinen.

III. Die Strafrechtstheorien.

§. 4. Wenn die Frage nach der Berechtigung des Staates das Verbrechen zu strafen, und, was damit wesentlich zusammenhängt, die nach dem Zwecke der Strafe, als eine solche aufgeworfen wird, deren genügende Beantwortung die wissenschaftliche Grundlage des Strafrechtssystemes selbst ausmachen soll, so ist die Frage als eine unberechtigte zurückzuweisen, weil sie von der irrigen Voraussetzung ausgeht, daß Grund und Zweck der Strafe außerhalb des Verbrechens selbst zu suchen ist. Findet aber die Strafe ihre Begründung nur im Verbrechen, so kann auch jene Frage erst im Verlaufe des Systemes, welches das Wesen des Verbrechens nach allen Seiten zu entwickeln hat, wissenschaftlich beantwortet werden. Nur indem dieser systematischen Entwickelung vorgegriffen wird, kann auf eine Beantwortung der Frage, so weit sie nicht schon in dem vorstehenden Paragraphen gegeben ist, zu dem Zwecke eingegangen werden, um schon vorläufig den wissenschaftlichen Standpunkt des Systemes kenntlich zu machen.

Das Verbrechen als eine Form des Unrechtes ist zunächst Gegensatz und Widerspruch gegen das Recht. Wie nun auch das begriffliche Wesen des Rechtes näher bestimmt werden möge, so kann doch von einer rechtlichen Begründung der Strafe nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß das Recht jedenfalls nicht als von dem subjectiven Willen ausgehend und von ihm geschaffen, sondern als eine Macht der sittlichen Weltordnung und damit als eine höhere Nothwendigkeit gefaßt wird, über welche der subjective Wille nicht verfügen kann und welcher er sich unterzuordnen hat. Dem Rechte als dem Nothwendigen gegenüber erscheint das Verbrechen als eine in sich zufällige Aeuße-

rung der subjectiven Willkür. Abgesehen von Handlungen, welche ganz außerhalb der Sphäre des Rechtes liegen, kann innerhalb derselben eine solche Aeußerung eine an sich berechtigte nur sein, indem sie sich auf dem besondern von der Willkür beherrschten Gebiete des Rechtslebens, auf dem des Vermögensrechtes, bethätigt. Hier ist die Willkür dazu berufen, in Allem was sie vollbringt, sich lediglich aus sich selbst zu bestimmen, und nur äußerlich begrenzt, nicht ihrem Inhalte nach bestimmt, wird sie durch das gleiche Recht jeder andern Person, so daß auch eine diese Grenze überschreitende Handlung nicht aufhört eine an sich berechtigte zu sein, und nur in ihrer Beziehung auf die fremde Berechtigung als ein relatives Unrecht erscheint. Auf allen anderen Gebieten des Rechtslebens ist dagegen die individuelle Willkür eine ihrem Inhalte nach nothwendig bestimmte, und zwar bestimmt durch das Recht, aber eben so sehr auch durch die eigene sittliche Natur des Willens, die im Rechte zur äußern Erscheinung und Darstellung gelangt, weshalb in der Vollbringung des Rechten zwar nicht die Willkür, wohl aber der vernünftige, sittliche Wille in voller Selbstbestimmung begriffen ist. An sich ist daher hier eine jede Handlung, bei welcher die Willkür es unternimmt sich selbst zu bestimmen, in dem was sie will ihr eigenes Maß und Gesetz zu sein, ein Bruch des Rechtes, der Gerechtigkeit, und selbst auf dem Gebiete des Vermögensrechtes kann in solcher Weise das Recht gebrochen werden, wofern das fremde Recht nicht bloß in einer seiner Aeußerungen, sondern als solches negirt wird. Dieser Bruch des Rechtes ist näher Widerspruch und Gegensatz 1) gegen das einzeln bestimmte, concrete Recht, welches Object einer Beschädigung war. Soweit diese Beschädigung irgendwie den Character einer vermögensrechtlichen hat, bringt sie als ein civiles Unrecht die Pflicht zur Entschädigung mit sich. Wenn in allen anderen Fällen die durch das Verbrechen verursachte Beschädigung nicht zu tilgen ist, so ist doch davon die Tilgung des Verbrechens durchaus unabhängig, da eine Beschädigung an sich, möge sie von der Macht der Natur oder einem Menschen ausgehen, das Recht nicht zu brechen vermag, und da also in ihr das Verbrechen überhaupt nicht

seine Existenz hat. Es ist aber der von der subjectiven Willkür ausgehende Bruch des Rechtes 2) Gegensatz gegen das objectiv daseiende Recht. Ist jene Beschädigung das Mittel, durch welches er in die Erscheinung tritt, so hat er doch sein Dasein lediglich im Willen des Handelnden, der nicht bloß Ursache der concreten Beschädigung ist, sondern in ihr zugleich eine dem Rechte entgegengesetzte allgemeine Norm seiner Bethätigung kundgegeben hat. Darum unternimmt es im Verbrechen die subjective Willkür, eine der Gerechtigkeit widerstrebende Norm zur Geltung zu bringen, die Ordnung des Rechtes aufzulösen, seine Herrschaft zu brechen und sich selbst zum Herrn zu machen, und darum tritt grade in diesem Gegensatze der Unterschied des criminellen und civilen Unrechtes hervor, indem die civiliter widerrechtliche Handlung auf einer dem Rechte und der rechtlichen Ordnung entsprechenden Norm beruht, die nur im concreten Falle in einer der fremden subjectiven Berechtigung widersprechenden Weise bethätigt wird. Insofern aber das Recht nicht bloß ein objectiv daseiendes, sondern zugleich eine innere Wesensbestimmtheit des menschlichen Willens selbst ist, die im rechtlichen Gewissen zur concreten Existenz gelangt, so ist jener Bruch des Rechtes endlich 3) Gegensatz der subjectiven Willkür gegen das sittliche Wesen des Willens selbst, eine sittliche Schuld. Freilich nicht die sittliche Schuld an sich, sondern nur diejenige, welche vermöge des aus ihr hervorgehenden in der Handlung sich verwirklichenden Gegensatzes gegen das objectiv daseiende Recht, zugleich auch eine rechtliche Schuld ist, kommt hier in Betracht. Wird aber diese rechtliche Schuld in ihrem Dasein, wie in ihrem Maße durch die sittliche Schuld, aus welcher sie erwachsen ist, wesentlich bedingt, so sind in der verbrecherischen Handlung beide Momente untrennbar eins.

Es ergiebt sich demnach, daß das Verbrechen in jeder Beziehung ein Widerspruch ist, und zwar nicht bloß ein Widerspruch gegen das äußerlich ihm gegenüberstehende Recht, so daß erst die Frage entstehen könnte: welches dieser beiden sich widerstrebenden Momente dem andern weichen müßte, ob, mit welchem Rechte und zu welchem Zwecke die Gerechtigkeit berufen wäre das Ver-

brechen zu tilgen, um sich selbst zu behaupten. Vielmehr ist das Verbrechen ein sich selbst Widersprechendes, einmal weil der Verbrecher in der selbigen Handlung ebenso das objectiv daseiende Recht negirt, wie er es als die Basis seiner eigenen Berechtigung ponirt und in seiner Wirksamkeit für die eigenen Zwecke und Interessen in Anspruch nimmt; sodann, weil der Verbrecher durch seine That in sich selbst den Widerspruch seines Willens gegen die eigene sittliche Natur desselben setzt. Als ein sich selbst Widersprechendes ist darum das Verbrechen auch ein sich selbst Auflösendes, oder das wahre und nothwendige aus ihr selbst hervorgehende Ergebniß der verbrecherischen Handlung ist nicht die Thatsache, welche der Verbrecher als das Mittel für seine Zwecke und Interessen wollte, sondern die Lösung des durch sie gesetzten Widerspruches. Diese Lösung ist es, die wir als die Strafe bezeichnen, deren Zweck deshalb kein anderer sein kann als das Verbrechen zu tilgen um das Recht aus seiner Verletzung herzustellen, ein Zweck, welcher nicht um irgend eines anderweitigen, äußern Interesses willen der Strafe gesetzt, sondern die eigene wahrhafte Zweckbestimmung des Verbrechens selbst ist, deren sich auch der Verbrecher, im Gegensatz zu der eigenen verkehrten und schuldhaften Zweckbestimmung, nothwendig bewußt wird, wenn sie im concreten Falle ihre vollständige Verwirklichung findet.

Soll das Verbrechen durch die Strafe getilgt werden, so ist demnach in dieser Beziehung die durch das Verbrechen bewirkte, in vielen Fällen nicht zu beseitigende, Beschädigung bedeutungslos. Dagegen ist es die Aufgabe der Strafe den Versuch des Verbrechers: die Willkür an die Stelle des Rechtes, das Zufällige an die Stelle des Nothwendigen zu setzen, als einen in sich nichtigen und vergeblichen dadurch aufzuweisen, daß sie den subjectiven Willen, der sich nicht aus freier Selbstbestimmung dem Rechte unterordnet, vermöge eines gegen ihn geübten Zwanges, in das seinem Wesen und Rechte entsprechende Verhältniß zur Gerechtigkeit und rechtlichen Ordnung versetzt. Es ist ferner die Aufgabe der Strafe, das Verbrechen nicht nur in seiner äußern Erscheinung, sondern auch in seinem innern

Grunde zu tilgen, indem sie als Voraussetzung und Mittel dient, um zugleich die innere sittliche Schuld, aus welcher das Verbrechen erwachsen ist, aufzuheben. Die Strafe vermag also niemals die verbrecherische That ungeschehen zu machen und alle ihre in der empirischen Welt hervorgetretenen Erfolge aufzuheben. Wie aber die Sünde der Menschen die göttliche Weltordnung nicht zu zerstören vermag, indem auch die sündige That, deren Zweckbestimmung als eine nichtige in sich zerfällt, der göttlichen Vorsehung als Mittel ihrer Zwecke dienen muß, so vermag auch das Verbrechen die Rechtsordnung nicht zu zerstören, indem die Strafe die verbrecherische That der Zweckbestimmung und der ganzen Bedeutung, welche der Thäter ihr verlieh, entkleidet und sie als Mittel für die Bethätigung der Gerechtigkeit und der Unverbrüchlichkeit der rechtlichen Ordnung verwendet.

Aus Wesen und Zweck der Strafe folgt aber weiter das Recht, und das ausschließliche Recht des Staates zu strafen. Die Strafe ist ihrer äußern Erscheinung nach ein Zwang gegen die Freiheit des Verbrechers, wie auch das Verbrechen ein solcher Zwang gegen die Freiheit als die innere Substanz des Rechtes ist; sie ist eine Negation des verbrecherischen Willens, wie auch das Verbrechen Negation des Willens, als des Wesens des Rechtes, ist. Aber nicht der Zwang gegen die Freiheit des Verbrechers, nicht die Negation des verbrecherischen Willens ist es, welche das Verbrechen tilgt, sondern nur die aus der Negation des Verbrechens entspringende Position des Rechtes. Darum vermag die Rache niemals dem wesentlichen Zwecke der Strafe zu genügen, nicht weil sie nothwendig maßlos wäre, sondern weil sie, obwohl für den Zweck des Rechtes, obwohl in gerechtem Maße geübt, nur eine Negation des Verbrechens ist, die, weil sie vom subjectiven Willen des Verletzten ausgeht, nicht das Recht in seiner Objectivität herstellt, sondern durch das fortgehende gegenseitige Negiren, in wachsendem Maße verletzt. Im Gegensatze zu solch negativer, und darum selbst widerrechtlicher Negation, vermag allein der Staat das Verbrechen in positiver Weise zu negiren, d. h. zu strafen. Der Staat ist nicht bloß das Mittel, um der subjectiven Berechtigung der Indivi-

duen ihr endliches, gesichertes Dasein zu gewähren, sondern es ist sein Wesen, daß in ihm das Recht im objectiven Sinne, die Gerechtigkeit, als eine selbständige über dem individuellen Willen stehende Macht, zum Dasein gelangt. Nur indem in der Strafgewalt des Staates dem Verbrechen die Gerechtigkeit selbst entgegentritt, und es, um sich zu behaupten, negirt, vermag der verbrecherische Wille in Wahrheit sich der Gerechtigkeit unterzuordnen; nur der Staat, nicht das Individuum, hat die Fähigkeit und Macht zu strafen, nicht vermöge seiner ausgedehnteren Gewaltmittel, sondern vermöge der rechtlichen Bedeutung seiner Macht, während auch in dem mächtigsten Individuum und seiner Rache dem subjectiven Willen des Verbrechers nur der an sich ihm gleichberechtigte subjective Wille des Verletzten entgegentritt, vor welchem er sich nicht beugen kann und darf. Der zum Strafen allein befähigte Staat ist aber auch dem Verbrecher gegenüber zum Strafen berechtigt, weil dieser ihm durch seine That nicht bloß das Recht zu strafen verliehen, sondern auch die Pflicht dazu auferlegt hat. Er ist zu strafen verpflichtet und deshalb berechtigt einmal um seiner selbst, um des Rechtes willen, weil dieses überall dem Zufalle der subjectiven Willkür gegenüber sich als das was es seinem Wesen nach ist, als das schlechthin Nothwendige zu bewähren hat, sodann um des Verbrechers willen, dem die Strafe gebührt, um aus dem Widerspruche dem er durch seine That verfiel erlöst, und rechtlich und sittlich aus seiner Schuld hergestellt zu werden. Oder wenn, wie angegeben, Verbrechen und Strafe ebenso wie Ursache und Wirkung, Mittel und Zweck unlöslich zusammengehören, so hat der Staat dem Verbrecher die Strafe ebenso unfehlbar zu gewähren, wie sein durch ein Rechtsgeschäft wohlerworbenes Eigenthum, die Strafe, die für ihn ein höheres Recht und werthvolleres Gut ist als dieses.

Anmerk. Ist es die Aufgabe der Einleitung, theils an Grundsätze, welche anderen Gebieten der Wissenschaft angehören und darum hier ihre wissenschaftliche Begründung nicht finden können, anzuknüpfen, theils zur Erleichterung und Förderung des Verständnisses dem Systeme selbst vorzugreifen und seinen wesentlichen Inhalt, der erst weiterhin seine Recht-

fertigung finden soll, in kurzen Sätzen zusammenzufassen, so mag auch dem Systeme der Strafrechtswissenschaft eine gedrängte Beantwortung der Frage nach Wesen und Zweck der Strafe vorangeschickt werden. Bekanntlich bezeichnet man die wissenschaftliche Untersuchung dieser Frage mit dem Namen der Strafrechtstheorie, und wenn die Förderung, welche die Strafrechtswissenschaft vermöge des seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts erwachten Streites der verschiedenen Strafrechtstheorien erfahren hat, sich nicht verkennen läßt, so ist doch auch der nachtheilige Einfluß nicht zu übersehen, der daraus erwuchs, daß einerseits die Consequenzen, zu welchen die Theorie trieb, vielfach die Unbefangenheit in der Prüfung der besonderen Fragen und Lehren des Strafrechtes trübte, und daß andrerseits das vorwiegend jenen allgemeinen Fragen sich zuwendende wissenschaftliche Interesse von Anderem abgelenkt wurde, so daß nicht selten die Theorie im Systeme selbst eine eigentliche Durchführung fast gar nicht erfuhr und für dasselbe fast bedeutungslos war. Es ist hier nicht der Ort auf eine Darstellung und Kritik der verschiedenen Strafrechtstheorien einzugehen, und es bedarf derselben umsoweniger, als gerade in der neuern Zeit der scharfe Gegensatz dieser Theorien mehr und mehr geschwunden ist. Das Verdienst Abeggs [1]) ist es besonders gewesen, daß er, durch seine Kritik derselben, welche zugleich einer jeden ihre relative Berechtigung zuerkannte, eine fortschreitende Abklärung der divergirenden Ansichten herbeiführte und der sogenannten absoluten oder Gerechtigkeitstheorie immer allgemeinere Anerkennung verschaffte, wenn auch in der wissenschaftlichen Begründung derselben mannigfache Abweichungen stattfinden.

---

1) Abegg Uebersicht über die neuesten Systeme des Strafrechts, *in der Tübinger critischen Zeitschrift.* 1827. Bd. 2. S. 416 flg. und: Die verschiedenen Strafrechtstheorien *in ihrem* Verhältnisse zu einander und dem positiven Rechte und dessen Geschichte. 1835. Vgl. auch Hepp Critische Darstellung der Strafrechtstheorien 1829. *Köstlin N. Revis.* S. 764—850.

Erster oder allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Recht und Gesetz.

I. Das positive Recht.

§. 5. Das Verbrechen unterscheidet sich von anderen Formen des Unrechtes dadurch, daß es Entgegensetzung gegen das Recht in seiner Allgemeinheit, Bruch der Rechtsordnung selbst ist. Kann also zwar das Verbrechen das Recht in seiner begrifflichen Allgemeinheit nie erfassen, kann es vielmehr das Recht immer nur in einer concreten Form seines Daseins zum Gegenstande seines Angriffs machen, so ist doch die in diesem Angriffe sich kundgebende negative Tendenz gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz, auf welchem das verletzte Recht beruht, gerade das Wesentliche des Verbrechens. Der Begriff des Verbrechens hat also zu seiner Voraussetzung das Recht, das mit der sittlichen Natur des Menschen als eine nothwendige und wesentliche Gestalt ihrer Entwickelung und äußerlichen Darstellung gesetzt ist. Das Recht aber, insofern es die Aufgabe hat das auf der Grundlage der Natur sich bewegende Gemeinleben der Menschen der sittlichen Idee entsprechend zu gestalten, kann seine Verwirklichung nicht bloß am individuellen Willen des Menschen finden, sondern existirt nothwendig in einer von diesem unabhängigen endlichen Form, in welcher es die individuelle Willkür seiner Macht schlechthin unterordnet. Wir bezeichnen das Recht inso-

fern es in dieser Form zum Dasein gelangt ist, als das positive Recht oder Gesetz, das als ein geschichtlich gewordenes, und als Ausdruck eines zeitlich und national bestimmten und beschränkten Standpunktes der sittlichen Entwickelung der Menschheit, seinem Inhalte nach nicht nothwendig stets gerecht und der sittlichen Idee entsprechend erscheinen wird. Ist demnach das Gesetz die nothwendige Form, in welcher allein das Recht sein endliches Dasein gewinnt, so hat auch das Verbrechen, zwar nicht in seinem begrifflichen Wesen, wohl aber in seiner endlichen Erscheinung, das Gesetz zu seiner Voraussetzung, und stellt sich als gesetzwidrige Handlung dar.

Anmerk. Daß das Verbrechen seinem begrifflichen Wesen nach vom Gesetz unabhängig ist, daß also die Handlung nicht erst vermöge des entgegenstehenden Strafgesetzes zur verbrecherischen wird, sondern daß umgekehrt das Strafgesetz die Handlung verbietet, weil sie eine verbrecherische ist, ist jetzt im Allgemeinen wohl eben so sehr anerkannt wie der Grundsatz, daß keine Handlung als eine verbrecherische bestraft werden könne, wofern sie nicht zugleich in ihrer Beziehung zum positiven Rechte sich als eine gesetzwidrige darstellt. Insbesondere aber kann nicht zugegeben werden, daß die Wissenschaft der Ethik und Rechtsphilosophie darauf verzichten müsse anzugeben, welche Handlungen ihrer Natur nach als verbrecherische und darum strafwürdige zu bezeichnen seien, mit anderen Worten, daß sie darauf verzichten müsse von ihrem Standpunkte aus feste Grenzen zwischen Recht und Moral zu ziehen [1]). Mag es immerhin nicht bloß als Thatsache, sondern sogar als ein Grundsatz der Gesetzgebungspolitik zuzugeben sein, daß über die Frage: welche Handlungen als verbrecherische vom positiven Gesetze mit Strafe zu bedrohen seien, lediglich die sittlichen und rechtlichen Anschauungen der Zeit und des Volkes entscheiden, mag darum allerdings die Strafgesetzgebung in ihrer geschichtlichen Entwickelung oft genug einerseits in andere Gebiete, die der moralischen und religiösen Gesetzgebung, übergreifen, andrerseits hinter den Anforderungen der Gerechtigkeit zurückbleiben, so wird doch die Wissenschaft darauf nicht verzichten dürfen überall von ihrem Standpunkte aus die wesentlichen Grenzen der sittlichen, religiösen und rechtlichen Gesetzgebung und damit die der unsittlichen, irreligiösen und rechtswidrigen Handlung zu ziehen. Es ist dies

1) A. M. Abegg Lehrb. §. 63. Eberty Versuche auf dem Gebiete des Naturrechts. Leipzig 1852.

überdies nicht eine Frage von nur doctrinärem, sondern von sehr practischem Interesse für die Wissenschaft des positiven Strafrechtes selbst. Es kommt bei der Erörterung des Thatbestandes der besonderen Verbrechen wahrlich nicht allein darauf an zu zeigen, welche Momente desselben das positive Recht als die wesentlichen voraussetzt, sondern es wird sich über denselben das rechte Licht erst dann verbreiten, wenn die Wissenschaft angiebt, ob und in welcher Beziehung die betreffende Handlung eine rechtswidrige und an und für sich verbrecherische sei. Mag der Weg, den in dieser Beziehung Feuerbach einschlug, der unrichtige sein, so ist es doch sein wesentliches Verdienst, durch welches er sich von seinen Vorgängern unterscheidet, daß er nicht bloß an den Einzelheiten der positiven Norm haften blieb, sondern überall danach strebte, es sich zum Bewußtsein zu bringen, worin der an sich rechtsverletzende Charakter der mit Strafe bedrohten Handlung enthalten sei. Zugleich wird hierdurch die systematische Gestaltung des sogenannten besondern Theiles wesentlich bedingt.

Wenn ferner in Folge des eigenthümlichen Verhältnisses, in welches die alte Naturrechtsschule das natürliche Recht zum positiven gestellt hatte, früherhin regelmäßig auch das natürliche Strafrecht unter den Quellen des positiven aufgeführt wurde, so bedarf es bei dem gegenwärtigen Standpunkte der Rechtsphilosophie keines Beweises dafür, daß ein natürliches Strafrecht, welches nicht bloß eine doctrinäre sondern practische Bedeutung haben soll, in keiner auch noch so beschränkten Beziehung zugegeben werden kann. Dennoch machen sich in dieser Beziehung noch mancherlei unklare Vorstellungen geltend, und noch in neuster Zeit hat Berner versucht die Bestrafung des vom Ausländer im Auslande am strafenden Staate begangenen Verbrechens auf ein natürliches Strafrecht zu gründen, während diese Bestrafung, wenn sie keinen andern Grund hätte, darum nicht aufhören würde, ein Act der Rache und keine Strafe zu sein, weil sie durch das geordnete gerichtliche Verfahren vor der Gefahr der Maßlosigkeit möglichst geschützt ist [2]).

§. 6. Das Recht ist positiv, Gesetz im weitern Sinne, möge es auf dem Wege verfassungsmäßig geordneter Gesetzgebung d. h. in einer vom Gesetz selbst vorgezeichneten Form, oder in formloser Weise, durch Sitte und Gewohnheit gebildet sein. Das

2) Vgl. Schweikart De delictis poenalem legislatoris sanctionem non desiderantibus. Regiom. 1826. Königswarter Spec. iurid. de iuris criminalis placito: nullum delictum, nulla poena, sine praevia lege poenali. Amstel. 1835. Köstlin N. R. §. 177. System §. 14. Kraus im N. A. 1852. S. 188—224. Berner Wirkungskreis des Strafgesetzes rc. 1835.

Gewohnheitsrecht, das seiner Natur nach weder in Betreff seiner Verbindlichkeit hinter dem Gesetzesrechte zurücksteht, noch auch auf irgend ein bestimmtes Gebiet des Rechtslebens beschränkt und von anderen ausgeschlossen werden darf, findet darum seine volle Anwendbarkeit auch auf dem Gebiete des Strafrechtes. Da aber die strafrechtlichen Normen ihre practische Anwendung nicht wie die privatrechtlichen im Verkehrsleben des Volkes, sondern nur in der Thätigkeit des Gerichtes finden, so tritt hier das Gewohnheitsrecht ausschließlich in der Form des Gerichtsgebrauches auf. Aber nicht jeder als Gerichtsgebrauch bezeichneter Grundsatz kann die Bedeutung und Verbindlichkeit eines gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes in Anspruch nehmen. Ist der fragliche Grundsatz lediglich durch wissenschaftliche Schlußfolgerung aus den Grundsätzen des Gesetzesrechtes gewonnen, so daß er sich im Bewußtsein des Richters selbst als eine wissenschaftlich vermittelte concretere Fassung des allgemeinen gesetzlichen Grundsatzes darstellt, so hat er eine lediglich doctrinäre Bedeutung, und trotz der erhöhten Autorität, welche ihm durch die wiederholte practische Anwendung zu Theil wurde, weicht er nothwendig einer entgegenstehenden wissenschaftlichen Ueberzeugung des Gerichtes. Erst dann empfängt der Gerichtsgebrauch die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes, wenn durch denselben, unabhängig vom bestehenden Gesetzesrechte, ein strafrechtlicher Grundsatz neu geschaffen wird [1]), mag auch immerhin ein Zusammenhang desselben mit dem Gesetzesrechte sich darin offenbaren, daß das Gericht auch in dieser rechtsbildenden Thätigkeit von der Grundlage des Gesetzesrechtes ausgeht, und darum dem neu gebildeten Rechtsgrundsatze den Character eines dem Gesetzesrechte sich organisch einfügenden Gliedes verleiht. Ob das Gewohnheitsrecht in solcher Weise das bestehende gesetzliche Strafrechtssystem von innen heraus organisch fortbildet, oder ob es von ihm sich völlig loslöst, im Drange des augenblicklichen Bedürfnisses planlos schafft, und dem Gesetzesrechte neue ihm fremde Elemente beifügt, welche die innere Einheit desselben zerstören,

1) Vgl. Wächter Gemeines Recht Deutschlands S. 110 flg.

ohne selbst ein neues einheitliches Gebilde erschaffen zu können, das wird lediglich davon abhängen, ob die Gesetzgebung sich im Großen und Ganzen fortdauernd die Einheit mit den rechtlichen und sittlichen Anschauungen des Zeitalters zu bewahren versteht, oder diesen völlig entfremdet, damit nothwendig eine in ihren Folgen bedenkliche und gefährliche Entwickelung des Gewohnheitsrechtes hervorruft. Im letztern Falle wird namentlich die im Gerichtsgebrauche stets liegende Gefahr bedeutend gesteigert, die Gefahr, daß das Gewohnheitsrecht seinem Inhalte nach nicht mehr eigentliches Volksrecht, sondern ein dem rechtlichen Bewußtsein des Volkes fremdes Juristenrecht ist [2]. Gleichwohl können die in der Entwickelung des Gewohnheitsrechtes liegenden möglichen Gefahren kein Grund sein diesem auf dem Gebiete des Strafrechtes seine Bedeutung und Geltung absprechen zu wollen [3], und namentlich wird eine durch die gegebenen Zustände geforderte umfangreichere Entwickelung des Gewohnheitsrechtes durch ein entgegenstehendes gesetzliches Verbot oder eine gesetzliche Beschränkung derselben nie gehindert werden können.

Anmerk. Die gemeinrechtlichen Quellen erkennen im Allgemeinen die Verbindlichkeit des Gerichtsgebrauches vollkommen an, obwohl das römische Recht seit Constantin ihn in seiner rechtsbildenden Thätigkeit möglichst zu beschränken suchte, und auch die Carolina ihn wenigstens in der Beziehung beschränkt, daß die gesetzlich feststehende Grenze zwischen dem peinlich oder bürgerlich zu strafenden Unrechte nach keiner Seite verrückt

---

2) Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 58 flg.

3) Gegen die Geltung des Gerichtsgebrauches im Strafrecht Weisse De vi consuetudinis in causis crim. 1813. Feuerbach Lehrb. §. 5. Anm. Berner Wirkungskreis des Strafg. 1853. Wenn Letzterer seine Ansicht darauf stützt, daß der Gesetzgeber eines wohlgeordneten Staates nicht leicht eine Handlung unbedroht läßt, deren Bestrafung durch das öffentliche Interesse gefordert wird, so ist nicht einzusehen, wie daraus die Nichtverbindlichkeit des Gerichtsgebrauches folgen soll, indem dieser grade dann sich geltend machen wird, wenn die Gesetzgebung ihrer Pflicht nicht genügt. Wenn er ferner meint, daß die Verfügung über Ehre, Freiheit und Leben des Bürgers nicht der Willkür des Richters überlassen werden könne, so ist wiederum nicht einzusehen, warum, wenn der Gerichtsgebrauch überhaupt als Willkür des Richters bezeichnet werden dürfte, zwar nicht Ehre, Freiheit, Leben, wohl aber das Vermögen oder irgend ein anderes Recht dieser Willkür überlassen werden soll. Vgl. dagegen Gerstäcker im N. A. VI. Abegg Lehrb. §. 15. Biener im N. A. X. Köstlin N. Rev. §. 173. 174. System §. 12.

werden solle [4]). Das preußische Strafgesetzbuch berührt die Frage nach der Verbindlichkeit des Gerichtsgebrauches nur insofern, als es (§. 2) anordnet, daß kein Verbrechen, kein Vergehen, und keine Uebertretung mit einer Strafe belegt werden könne, die nicht gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Hiernach ist allerdings die Feststellung einer neuen Strafsatzung oder die Abänderung einer gesetzlich bestehenden auf dem Wege des Gerichtsgebrauches ausgeschlossen, diesem aber damit keineswegs eine jede Bethätigung und Verbindlichkeit auf dem Gebiete des Strafrechtes abgeschnitten [5]).

II. Die Quellen des preußischen Strafrechtes.

§. 7. Die wichtigste Quelle des preußischen Strafrechtes ist das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. April 1851, welches vermöge des Einführungsgesetzes von demselben Tage am 1. Juli 1851 im ganzen Umfange der Monarchie in Wirksamkeit trat. Nur für die Hohenzollerschen Fürstenthümer wurde seine Giltigkeit bis zum 1. Januar 1852 suspendirt [1]). Zu dem Strafgesetzbuche treten aber ferner 1) die neueren Strafgesetze, durch welche theils das Strafgesetzbuch selbst modifizirt und ergänzt wurde, theils ältere neben dem Strafgesetzbuche in Kraft gebliebene Strafgesetze eine Umgestaltung erfuhren [2]); 2) die älteren strafrechtlichen Bestimmungen, welche neben dem Strafgesetzbuche ihre Giltigkeit behalten haben [3]). Als aufgehoben be-

4) Geib Gesch. d. röm. Crim. Proz. S. 657 flg. L. 23. 38. D. de legib. L. 9. 10. D. de extraord. crim. L. 3. §. 2. D. stellionat. L. 131. D. de V. S. Vgl. Birnbaum im N. A. VIII. S. 679. XIII. S. 544. Puchta Gewohnheitsr. II. S. 146. Not. 6. L. 3. Th. C. de divers. rescript. L. 1. C. de legib. Savigny System d. röm. R. I. S. 300. C. C. C. art. 104. 105. Vgl. Luden Hdb. I. 138.

5) Temme Lehrb. §. 27.

1) Gesetz v. 30. April 1851 über die Gerichtsorganisation u. s. w. in den Fürstenthümern Hohenzollern. G. S. 1852. S. 188.

2) Müller Novellen zum Preuß. Strafgesetzbuche. Berlin 1851. Gräff und Rönne Das Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten und das Gesetz über die Einführung desselben, nebst deren Ergänzungen und Erläuterungen durch Gesetzgebung und Wissenschaft. Breslau 1853. Hahn Erläuterungen und Novellen zum Strafgesetzbuche für die preuß. Staaten. Breslau 1854. Supplement 1855.

3) Ergänzungen des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. Eine Zusammenstellung der neben dem Strafgesetzbuche noch geltenden Strafgesetze. 1. Thl. von Wentzel. Leipzig 1851. 2. Thl. von Dabis 1853. 3. Thl. von Salm u. Schmitz 1853. Zusammenstellung der neben dem Strafgesetzbuche noch geltenden preuß. Strafgesetze. Insterburg 1851.

zeichnet Art. II. des Einführungsgesetzes: den zwanzigsten Titel des zweiten Theiles des Allgemeinen Landrechtes, das Rheinische Strafgesetzbuch, die gemeinen deutschen Kriminalgesetze und das in dem Fürstenthume Hohenzollern-Sigmaringen rezipirte Großherzoglich Badische Strafgesetzbuch, nebst allen dieselben ergänzenden, abändernden und erläuternden Bestimmungen, so wie alle sonstigen Strafbestimmungen, die Materien betreffen, auf welche das gegenwärtige Strafgesetzbuch sich bezieht [4]). Die neben dem Strafgesetzbuche fortbestehenden älteren Strafgesetze sind, von einigen beispielsweisen Anführungen abgesehen, im Einführungsgesetze nicht namhaft gemacht. Dagegen giebt Art. II. desselben eine allgemeine Norm an, nach welcher die Frage nach der Giltigkeit eines solchen Gesetzes im einzelnen Falle zu beurtheilen ist, und zwar werden bei Beantwortung derselben folgende Grundsätze maßgebend sein [5]): 1) Es ist das Strafgesetzbuch im Gegensatze zum partikulären und singulären das gemeine im ganzen Umfange des Staates geltende Strafrecht, durch welches das früherhin in den einzelnen Landestheilen geltende gemeine Strafrecht nicht bloß in seinen Strafbestimmungen, sondern seinem ganzen Umfange nach beseitigt wurde [6]). 2) Neben demselben sollen von älteren Strafgesetzen nur die „besonderen" (singulären) fortbestehen, welche und insoweit sie Materien betreffen, in Hinsicht deren das gegenwärtige Strafgesetzbuch nichts bestimmt. Es kann demnach nicht darauf ankommen, ob eine einzelne Handlung, welche in älteren besonderen Gesetzen mit Strafe bedroht war, im Strafgesetzbuche erwähnt ist oder nicht, sondern darauf, ob sie, abgesehen von der besondern Form ihrer Begehung, den allgemeinen Thatbestand einer im Strafgesetzbuche mit Strafe bedrohten Handlung enthält oder nicht. Nur im letztern Falle sind die betreffenden Strafbestimmungen als fortbestehend zu betrachten, im erstern nicht [7]). Ist nach diesen Grundsätzen

---

4) Vgl. die Entscheidungen bei Oppenhoff zu Art. II.

5) Temme Lehrb. §. 21. Glossen S. 21. Beseler Komment. S. 595 flg.

6) Nur die civilrechtlichen Bestimmungen der §§. 1271. u. 1272. des 20. Tit. Thl. II. des A. L. R. blieben in Kraft nach Art. XI. des Einf. G.

7) Da z. B. das Strafgesetzbuch Strafbestimmungen über den Diebstahl

ein älteres Gesetz als ein noch geltendes zu bezeichnen, so kommt ferner in Betracht, daß es nur insoweit gilt, als es Materien betrifft hinsichtlich deren das Strafgesetzbuch nichts bestimmt, wonach also diejenigen Bestimmungen eines solchen Gesetzes, bei denen dies nicht der Fall ist, als ungiltig auszuscheiden sind. Die Thatsache aber, daß ein älteres Gesetz, insoweit es nach den angegebenen Grundsätzen als fortbestehend zu betrachten ist, in einzelnen Bestimmungen den Grundsätzen des Strafgesetzbuches widerspricht, macht die betreffende Bestimmung nicht unbedingt ungiltig. Es sind in dieser Beziehung vielmehr folgende Fälle zu unterscheiden. Das betreffende besondere Strafgesetz setzt, abgesehen von seiner besondern Straffatzung, die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze voraus, welche das damals geltende gemeine Strafrecht enthielt, oder es verweist sogar ausdrücklich auf sie; in diesem Falle treten die gemeinrechtlichen Grundsätze des jetzigen Strafgesetzbuches an die Stelle jener, weil alle älteren Gesetze nicht in ihren gemeinrechtlichen Bestandtheilen, sondern nur insoweit sie sich als ein ius singulare darstellen, fortbestehen sollen [8]). Wenn es dagegen das fragliche besondere Strafgesetz als nothwendig erachtete für die Abwägung des Maßes der Schuld und Strafe besondere Grundsätze aufzustellen, welche schon von den damals geltenden gemeinrechtlichen Bestimmungen abwichen, so müssen sie auch jetzt, trotz ihres Widerspruches zu den Grundsätzen des Strafgesetzbuches, als fortbestehend betrachtet werden, wie sich dies aus dem rechtlichen Verhältnisse des ius singulare zum ius commune von selbst ergiebt. Unabhängig von den eben entwickelten Grundsätzen erfahren die fortbestehenden älteren Strafgesetze eine sehr bedeutende Modification da-

---

enthält, so sind alle älteren Gesetze, welche besondere Begehungsformen des Diebstahls neben den älteren gemeinrechtlichen Bestimmungen mit besonderer Strafe bedrohten, als aufgehoben zu betrachten, und es findet grade hier nur insofern eine Ausnahme statt, als nach Art. II des Einf. G. die Gesetze über die Bestrafung des Holzdiebstahles fortbestehen sollen, eine Ausnahme, die sich dadurch rechtfertigt, daß in jenen älteren Gesetzen der Holzdiebstahl eine von anderen Fällen des Diebstahls durchaus abweichende strafrechtliche Behandlung erfahren hatte.

8) Art. III. des Einführ. G. Vgl. die Entscheidungen bei Oppenhoff zu Art. III.

durch, daß, *insofern sie nicht anstatt* der Gefängnißstrafe oder der Geldbuße, Forst= oder Gemeindearbeit anordnen, die von ihnen angedrohten Strafen nach Maßgabe der Art. VIII., IX. und X. des Einf. G. umgestaltet werden [9]. 3) Durch das Strafgesetzbuch ist endlich alles in den einzelnen Landestheilen des preußischen Staates bis dahin geltende Partikularstrafrecht aufgehoben [10], insoweit sich die Bestimmungen desselben nicht als ein nach den oben erörterten Grundsätzen fortbestehendes besonderes Strafgesetz darstellen.

§. 8. Die preußischen Strafgesetze beziehen sich theils auf Handlungen, deren mögliches Subject eine jede überhaupt den preußischen Strafgesetzen unterworfene Person sein kann, theils auf solche Handlungen, deren Subject nur eine, einem bestimmten Berufsstande angehörende Person zu sein vermag. Zu den letzteren gehören namentlich die besonderen strafbaren Handlungen der Staatsbeamten, der dem Militairstande angehörenden Personen, und der Gewerbtreibenden [1]. Obwohl zwar eine Darstellung des preußischen Strafrechtes auch alle auf dergleichen strafbare Handlungen sich beziehenden Bestimmungen zu umfassen hätte, so soll dennoch hier das *Militairstrafrecht* darum von der Betrachtung ausgeschlossen werden, weil es sich als ein eigenthümliches, vollständiges, eine abgesonderte Darstellung erforderndes System der Strafgesetzgebung darstellt. Allerdings bestimmt zwar §. 5. des Strafgesetzbuches, daß die allgemeinen Strafgesetze auch auf preußische Militairpersonen Anwendung finden sollen, insoweit nicht die Militairgesetze ein Anderes bestimmen, so daß es scheinen könnte, als ob das gemeine preußische Strafrecht auch hier die Grundlage bilde, welche nur in

---

9) Wir können daher Wentzel a. a. O. S. 9 nicht beistimmen, wenn er jede dem Strafgesetzbuche widersprechende Bestimmung eines ältern Gesetzes als ungiltig betrachtet, und auf diesen Widerspruch, nicht auf die positiven Bestimmungen des Einf. G. die Unanwendbarkeit der Strafen jener Gesetze basiren will. Er hat bei seinen im Einzelnen vortrefflichen Ausführungen zu wenig beachtet, daß es sich durchaus nicht bloß *um* das Verhältniß des *neuen* zum ältern Gesetze, sondern *um* das des ius commune zum ius singulare handelt.

10) Oppenhoff zu Art. II. N. 3.

1) Vgl. Beseler Komment. S. 78 flg. Wentzel Ergänzungen I. S. 12 flg. Temme Lehrb. S. 87 flg.

Betreff der, eine strafbare Verletzung der besondern Berufspflicht der Militairpersonen enthaltenden, Handlungen, durch die besonderen Militairstrafgesetze ergänzt würde. Diese letzteren [2]) aber beziehen sich keineswegs nur auf solche im engern Sinne militairische Verbrechen, sondern zugleich auch auf einzelne von Personen des Soldatenstandes begangene gemeine Verbrechen, und selbst insoweit dies nicht der Fall ist und deshalb nach §. 192. des Strafgesetzbuches für das Heer die allgemeinen Landesgesetze zur Anwendung kommen, werden diese in ihrer Anwendung auf strafbare Handlungen der Militairpersonen durch singuläre Bestimmungen vielfach modifizirt. Diese Modificationen beziehen sich namentlich auf die besonderen gegen Militairpersonen zu verhängenden Strafen und das Verhältniß der bürgerlichen und militairischen Strafen zu einander. Die hierauf sich beziehenden Bestimmungen im Titel I. Abschnitt 2. bis 4. des Strafgesetzbuches für das Heer hatten aber die Strafgesetzgebung des Allg. Landrechtes zur Voraussetzung, weshalb durch das Strafgesetzbuch von 1851 eine Aenderung derselben erforderlich wurde, welche durch das Gesetz vom 15. April 1852, betreffend die Abänderung mehrerer Bestimmungen in den Militair-Strafgesetzen und die Allerh. Verordnung vom 18. Mai 1852 (Justiz-Min.-Bl. S. 218) erfolgte.

§. 9. Von der gegenwärtigen Darstellung des preußischen Strafrechtes bleiben ferner ausgeschlossen, die sich auf das Disciplinarstrafrecht beziehenden gesetzlichen Bestimmungen. Das Wesen der Disciplinarstrafe ist es Züchtigung zu sein. Ihr Zweck ist darum in objectiver Beziehung: die Erhaltung von Zucht und Ordnung innerhalb einer sittlichen Gemeinschaft, welche um ihres Wesens willen an die ihr Angehörenden bestimmte sittliche Anforderungen stellt; in subjectiver Beziehung: als Mittel

2) Kriegsartikel für das preußische Heer vom 27. Juni 1844. Strafgesetzbuch für das preußische Heer vom 3. April 1845. Cab. O. vom 1. März 1844 über die Strafe der Beleidigung zwischen Militair- und Civilpersonen. Cab. O. vom 27. September 1845 betreffend die Bestrafung des Zweikampfs zwischen Offizieren und nicht zum Offizierstande gehörenden Militair- und Civilpersonen. Cab. O. vom 28. Mai 1846, betreffend die Declaration mehrerer Stellen der Verordn. vom 27. Juni 1844 und des Militairstrafgesetzbuches.

der Erziehung und Besserung demjenigen zu dienen, der durch seine Handlung gezeigt hat, daß es ihm an der Kraft der freien Selbstbestimmung für das sittlich Pflichtmäßige mangelt. Nur ausnahmsweise ist der Staat in der Lage für die Handhabung der Disciplin gesetzliche Bestimmungen zu erlassen, insoweit es nicht etwa darauf ankommt die Grenzen derselben rechtlich festzustellen. Die Gemeinschaften der Familie, der Schule, der Kirche sind an sich und in Bezug auf ihr inneres sittliches Leben und Wirken der Einwirkung des Staates entzogen, und üben die Disciplin im eigenen Namen nach den eigenen durch ihr sittliches Wesen oder ihre Verfassung gegebenen Gesetzen. Dagegen ist auch das Heer eine nothwendig auf sittlichen Grundlagen beruhende Institution, und in gleicher Weise bringt auch das Staatsamt nicht bloß rechtliche, sondern auch sittliche Anforderungen mit sich. Endlich bedarf auch das öffentliche Leben der bürgerlichen Gesellschaft der Zucht und der Disciplinarstrafe.

Wie überall so ist auch in Preußen die rechtliche Strafgewalt des Staates von der Disciplinarstrafgewalt nicht durchweg scharf und bestimmt unterschieden. So sind namentlich unter der Kategorie der Uebertretungen in Rücksicht auf das Strafmaß Handlungen zusammengefaßt, die einerseits über das Gebiet des polizeilichen Unrechtes hinaus in das des criminellen hineinreichen, und andrerseits Handlungen, die sich nicht einmal als polizeiliches Unrecht, sondern nur als Verstöße gegen die sittlichen Anforderungen des öffentlichen Lebens der Gesellschaft darstellen. Umgekehrt sind auch manche leichtere Rechtsverletzungen nur mit Disciplinarstrafen belegt.

Was insbesondere 1) die Handhabung der Disciplin in der Familie und Schule betrifft, so beziehen sich hierauf nur die das Züchtigungsrecht der Aeltern, des Erziehers, des Schullehrers und Lehrmeisters rechtlich begrenzenden Bestimmungen [1]. Ausgedehnter sind die gesetzlichen Bestimmungen über die Handhabung der Disciplin auf den Universitäten über die ihnen an-

1) A. L. R. II. 2. §. 86—91. II. 5. §. 191 flg. II. 8. §. 298 fg. II. 12. §. 50 flg.

gehörenden Studirenden, und namentlich erstreckt sich die von den academischen Behörden gehandhabte Disciplinarstrafgewalt nicht bloß auf eigentliche Disciplinarfälle, sondern auch auf alle Injuriensachen der Studenten unter sich, Duelle der Studenten, insofern dabei weder Tödtung, noch Verstümmelung, noch bedeutende Verwundung vorgefallen ist, und alle geringen Vergehen der Studenten d. h. solche denen das Gesetz nur ein vierwöchentliches Gefängniß oder eine geringere Strafe androht [2]).

2) Die Disciplinargewalt über die Geistlichen der katholischen Kirche wird nach den Bestimmungen der Bulle de salute animarum vom 16. Juli 1821 lediglich durch die geistlichen Vorgesetzten ausgeübt, die Handhabung derselben über die evangelischen Geistlichen ist den Consistorien und in höherer Instanz dem evangelischen Oberkirchenrathe übertragen [3]).

3) In der Armee wird die Disciplin durch die militairischen Befehlshaber, innerhalb bestimmter Grenzen nach eigenem Ermessen, oder nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen ausgeübt [4]).

4) Ueber die Civilbeamten wird die Disciplinargewalt durch die vorgesetzten Dienstbehörden, oder, auf Grund eines besondern Disciplinarverfahrens von den gesetzlich hierzu bestimmten Gerichts- und Verwaltungsbehörden gehandhabt [5]).

---

2) Reglement v. 28. Dezember 1810 wegen Einrichtung der acad. Gerichtsbarkeit. Reglement für die Verwaltung der acad. Disciplin und Polizeigewalt v. 18. Nov. 1819.

3) Dienst-Instruction v. 23. October 1817 für die Provinzial-Consistorien, und vom 31. Dec. 1825. Erlaß vom 27. Juni 1845. Erlaß vom 26. Januar 1849. Ressort-Règlement für die evang. Kirchenverwaltung vom 29. Juni 1850.

4) Verordnung über die Disciplinarbestrafung in der Armee v. 21. October 1841.

5) Gesetz betreffend die Dienstvergehen der Richter ꝛc. vom 7. Mai 1851. Gesetz betreffend die Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten v. 21. Juli 1852. Außerdem kommen noch zur Anwendung, soweit sie nicht durch vorstehendes Gesetz modifizirt sind: die Cabinetsordre vom 21. Juli 1826, die Dienstvergehen der Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher in der Rheinprovinz betreffend. Die Verordnung für die Notarien in den Niederrheinischen Provinzen v. 25. April 1822. Die, die Advocaten und Anwälte am Rhein betreffende Disciplinarverordnung vom 7. Juni 1844. Die Verordnung über Bildung eines Ehrenrathes unter den Justizcommissarien und Notarien vom 30. April 1847.

III. Die Bedingungen der Giltigkeit des Strafgesetzes.

§. 10. Die Giltigkeit des Srafgesetzes setzt zunächst voraus seine verfassungsmäßige Entstehung [1]). Bis zur Verfassungsurkunde vom 5. Dezember 1848 übte der König die gesetzgebende Gewalt allein aus. Wenn schon in früherer Zeit für die Abfassung der Gesetze die vorher eingeholte Begutachtung desselben durch dazu ernannte Behörden, früher der Gesetzcommission [2]), später des Staatsrathes [3]), für nothwendig erklärt wurde, so konnte dies als eine eigentlich verfassungsmäßige Beschränkung der gesetzgebenden Gewalt des Königs darum nicht betrachtet werden, weil diese Behörden nicht als selbständig berechtigte politische Körperschaften erschienen, die befugt gewesen wären jene Begutachtung als ein ihnen nicht entziehbares Recht geltend zu machen. Der Staatsrath war hierzu um so weniger befugt, als in demselben keine Angelegenheit zur Erwägung kommen konnte, die ihm nicht durch den König zugewiesen war. Es bestehen daher aus jener frühern Zeit mannigfache Strafgesetze, welche nicht in der vorgeschriebenen Weise begutachtet worden sind, ohne daß ihre rechtsverbindliche Kraft je bezweifelt worden wäre. Als politische Körperschaften der angegebenen Art erscheinen aber allerdings die durch das Gesetz vom 5. Juni 1823 angeordneten Provinzialstände, und der durch Patent vom 3. Februar 1847 geschaffene vereinigte Landtag, denen zur Wahrung ihrer Rechte nöthigenfalls die bundesgesetzlichen Mittel zustanden. Abgesehen von ihren Befugnissen in Betreff der allein die Provinz angehenden Gesetze, stand den Provinzialständen vor 1847 das Recht zu, die Entwürfe solcher allgemeinen Gesetze, welche Veränderungen in Personen- und Eigenthumsrechten und in den Steuern zum Gegenstande haben, soweit sie die Provinz betreffen, zu begutachten, welches Recht 1847 an den vereinigten Landtag und ständischen Ausschuß überging. Der Sinn

---

1) Vgl. Temme Lehrb. §. 20.

2) Patent wegen Errichtung der Gesetzcommission vom 29. Mai 1781 bei Rabe, Samml. Bd. 1. Abth. 6. S. 506. A. L. R. Einl. §. 7. Verordn. vom 27. Oct. 1810. G.S. S. 3.

3) Verordn. v. 20. März 1817. G.S. S.67.

jener, in analoger Weise in vielen deutschen Verfassungen wiederkehrenden, für die Interpretation sehr schwierigen, Competenzbestimmung läßt sich nur dann einigermaßen genügend feststellen, wenn unter den, die Personen- und Eigenthumsrechte verändernden Gesetzen, solche verstanden werden, die sich auf den privatrechtlichen Zustand der Einzelnen beziehen. Unter solcher Voraussetzung bedurften allgemeine Strafgesetze der ständischen Begutachtung nicht, so daß die Giltigkeit der ohne solche Begutachtung nach 1823 erschienenen Strafgesetze keinem Zweifel unterliegt. Die Entwürfe des Strafgesetzbuches von 1851 sind gleichwohl den Provinziallandtagen wie dem vereinigten ständischen Ausschusse zur Begutachtung vorgelegt worden. Seit der Verfassungsurkunde vom 5. Dezember 1848 ist vermöge des Art. 60, der wörtlich in den Art. 62 der Verfassung vom 31. Januar 1850 aufgenommen wurde, zu jedem Gesetze die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern erforderlich. Außerdem bedarf das Gesetz, wie jeder Regierungsact des Königs zur Giltigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers. Nur ausnahmsweise kann in den durch Art. 63 der Verfassungsurkunde bezeichneten Fällen eine Verordnung mit Gesetzeskraft ohne Zustimmung der Kammern, die nachträglich einzuholen ist, erlassen werden.

Für einen beschränkten Verwaltungsbezirk können aber ferner auch, unter Beobachtung der gesetzlichen Grenzen, bestimmte Behörden Strafbestimmungen mit Gesetzeskraft erlassen. Hierauf beziehen sich aus früherer Zeit die Verordnung vom 26. Dezember 1808 und die Instruction vom 23. October 1817. Durch Beschluß des Staatsministeriums vom 7. Januar 1845 [4]) wurde ausgesprochen, daß mit Rücksicht auf A. L. R. II. 13. §. 6. und §. 45. der Verordnung vom 26. Dezember 1808 die Verwaltungsministerien berechtigt seien, allgemeine polizeiliche Anordnungen und Strafbestimmungen innerhalb der Grenzen der polizeilichen Strafgewalt zu erlassen. Insbesondere ist durch das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 den Ortspolizeibehörden das Recht ertheilt, polizeiliche Strafbestimmungen mit

---

4) Justiz-Minist.-Blatt S. 34.

Gesetzeskraft zu erlassen, und zwar, nach Berathung mit dem Gemeindevorstande mit Androhung einer Geldstrafe bis zu 3 Thlr., nach Genehmigung der Bezirksregierung mit Androhung einer Geldstrafe bis zu 10 Thlr. Die Bezirksregierungen sind befugt, für mehrere Gemeinden ihres Verwaltungsbezirks oder für den ganzen Umfang desselben giltige Polizei-Vorschriften zu erlassen und für die Nichtbefolgung derselben Geldstrafen bis zu dem Betrage von 10 Thlr. anzudrohen. Für den Fall des Unvermögens des Angeschuldigten tritt an die Stelle der Geldstrafe verhältnißmäßige Gefängnißstrafe, deren höchstes Maß 4 Tage statt 3 Thlr. und 14 Tage statt 10 Thlr. beträgt.

§. 11. Zur Giltigkeit der Gesetze, demnach auch der Strafgesetze, ist ferner erforderlich die in gesetzlicher Weise geschehene Publication derselben. Wie überall in Deutschland so hatte sich auch in Preußen in älterer Zeit die Art der Publication der Gesetze nur durch die Gewohnheit festgestellt. Die erste sich auf die Publication beziehende gesetzliche Bestimmung ist die Verordnung vom 24. August 1717 [1]), nach welcher alle Verordnungen durch die Centralbehörde den betreffenden Provinzialbehörden in der erforderlichen Anzahl von Exemplaren zugestellt werden sollten, damit sie dann weiter an die Steuerräthe und Landräthe zur Bekanntmachung in deu Städten und auf dem Lande verbreitet würden. Nach den Bestimmungen des Allg. Landrechtes Einl. §. 10. und 11. erhalten alle Gesetze ihre rechtliche Verbindlichkeit erst von der Zeit an, da sie gehörig bekannt gemacht werden. Zu dem Zwecke müssen sie ihrem ganzen Inhalte nach an den gewöhnlichen Orten öffentlich angeschlagen, und im Auszuge in den Intelligenz-Blättern der Provinz, für welche sie gegeben sind, bekannt gemacht werden. Dieser Art der Publication wurde durch das Patent zur Publication der neuen Auflage des Allg. Landrechtes vom 1. April 1803 gleichgestellt die Bekanntmachung durch das neue Archiv der Preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit und die hiernächst erfolgende Aufnahme der Verordnung an die akademische Edicten-Sammlung. Wenn durch

---

1) Rabe Samml. I. 1. S. 449.

die Verordnung vom 27. October 1810 zwar bestimmt wurde, daß alle, mehr als ein einzelnes Regierungsdepartement betreffenden, Verordnungen und Gesetze in die von da ab erscheinende Gesetzsammlung aufgenommen werden sollten, so wurde doch ihre Verbindlichkeit von dieser Aufnahme nicht abhängig gemacht. Für die nur für ein einzelnes Regierungsdepartement erlassenen Verordnungen wurde durch die Verordnung vom 11. März 1811 bestimmt, daß sie, wofern nicht ein besonderer Termin für den Beginn der Verbindlichkeit angegeben sei, mit dem 8ten Tage, nachdem sie ihrem ganzen Inhalte nach in das Amtsblatt des betreffenden Departements aufgenommen worden waren, als gehörig bekannt gemacht betrachtet werden sollten. Das Gleiche sollte für die durch die Gesetzsammlung publizirten Gesetze gelten, welche sämmtlich nach Titel, Datum und Nummer in alle Amtsblätter aufgenommen werden sollten. Die Declaration vom 14. Januar 1813 [2]) fügte hinzu, daß die verbindliche Kraft der Verordnungen und Gesetze auch schon vor Ablauf jener achttägigen Frist beginne, wenn in irgend welcher Weise Gesetzsammlung oder Amtsblatt an einem Orte schon früher bekannt wurden. Gegenwärtig gilt in Betreff der rechtlichen Erfordernisse der Publication das Gesetz vom 3. April 1846, nach welchem die verbindliche Kraft jedes landesherrlichen Erlasses durch die Aufnahme in die Gesetzsammlung bedingt wird. Wofern der Zeitpunkt des Anfanges der Verbindlichkeit eines Gesetzes nicht besonders angeordnet ist, tritt dieselbe in einer für die verschiedenen Regierungsbezirke verschieden bemessenen Frist nach Ausgabe der betreffenden Nummer der Gesetzsammlung ein. Ein Bekanntwerden der Gesetzsammlung vor Ablauf dieser Fristen bewirkt nicht eine früher eintretende Verbindlichkeit des Gesetzes. Die Art der Publication der in Folge des Gesetzes vom 11. März 1850 durch die Ortspolizeibehörden und die Bezirksregierungen erlassenen Strafbestimmungen ist in Betreff der ersteren durch die Bezirksregierungen, in Betreff der letzteren durch den Minister des Innern anzuordnen.

2) G.S. S. 2.

§. 12. Die Anwendung eines Rechtsgrundsatzes im concreten Falle setzt voraus, daß er sich dem Richter, nach vorheriger Prüfung, als ein verbindlicher Grundsatz des positiven Rechtes erwiesen habe. In Betreff des Gesetzes würde sich demnach diese Prüfung sowohl auf die verfassungsmäßige Entstehung als Publication desselben zu erstrecken haben. Das Gericht ist an sich nur competent zur Entscheidung von Civil- und Criminalsachen, wogegen niemals, zur Entscheidung staatsrechtlicher Streitfragen, die verschiedenen Organe des Staatslebens, Landesherr, Volksvertretung, Behörden, als solche, in Betreff ihrer staatsrechtlichen Funktionen und der Frage nach der Zuständigkeit derselben, als Parteien vor Gericht stehen können. Das Recht des Gerichtes, aus Anlaß einer zu seiner Competenz gehörenden Civil- oder Criminalsache, über die verfassungsmäßige Entstehung eines anzuwendenden Gesetzes, als über eine Vorfrage zu entscheiden, würde aber allerdings *mittelbar* die Competenz des Gerichtes auf die Entscheidung aller möglichen staatsrechtlichen Streitfragen ausdehnen. Eine solche Berechtigung des Gerichtes erhebt ohne Zweifel das Gericht zu einer eben so sehr dem Rechte des Staates wie der Bedeutung des Gerichtes widersprechenden politischen Machtstellung. Insofern es darauf ankommt dem Bedürfniß der Entscheidung staatsrechtlicher Streitfragen zu genügen, wird dies nimmermehr in einer dem Rechte und dem Wohle des Staates entsprechenden Weise durch beiläufige, möglicherweise sich widersprechende, Entscheidungen untergeordneter Civil- oder Criminal-Gerichte geschehen können. Für das Gericht selbst aber liegt in der Zulässigkeit solcher Entscheidungen die große Gefahr, dadurch in den politischen Parteikampf verwickelt zu werden, und in solcher Weise die ihm im Bewußtsein des Volkes gebührende Stellung und Autorität einzubüßen. Dem entsprechend hat die preußische Verfassung in Art. 106 das Recht, gehörig verkündete königliche Verordnungen in Betreff ihrer Rechtsgiltigkeit zu prüfen allein den Kammern vorbehalten, so daß also für den Richter die Verbindlichkeit und Anwendbarkeit des Gesetzes allein durch die Prüfung seiner gesetzlichen Publication bedingt wird.

Daß auch in Preußen auf dem Gebiete des Strafrechtes die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes, zwar durch gesetzliche Bestimmungen beschränkt, keineswegs aber völlig ausgeschlossen ist, wurde bereits oben gezeigt. Wie das Gesetz so erlangt auch der gewohnheitsrechtliche Grundsatz seine verbindliche Kraft erst von einem bestimmten Zeitpunkte an, wenn derselbe auch schwieriger als bei dem Gesetze festzustellen sein mag. An die Stelle der verfassungsmäßigen Bedingungen für die Entstehung des Gesetzes treten hier die lediglich aus der Natur des Gewohnheitsrechtes sich ergebenden Bedingungen seiner Bildung [1]. An die Stelle der Publication des Gesetzes tritt dagegen bei dem gewohnheitsrechtlichen Grundsatze die Gewohnheit selbst als die Form, in welcher er sich als ein verbindlicher Grundsatz des positiven Rechtes darstellt. Wenn daher zwar der gewohnheitsrechtliche Grundsatz schon bei seiner ersten Anwendung gerecht sein muß, so daß das an sich Ungerechte und Unsittliche auch durch die Gewohnheit nicht recht werden kann, so ist doch die Gewohnheit nicht bloß Erkenntnißquelle des bestehenden Gewohnheitsrechtes, sondern auch Bedingung seiner Verbindlichkeit, da nur der als daseiend erkennbare Rechtsgrundsatz als Norm des positiven Rechtes verbindliche Kraft haben kann. Die Prüfung der Rechtsverbindlichkeit eines anzuwendenden gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes wird sich darum einerseits auf die Frage beziehen müssen, ob er seinem Inhalte nach als solcher betrachtet werden könne, wie auf die Frage, ob durch die Gewohnheit sein Dasein und seine Verbindlichkeit constatirt sei.

IV. Die Verbindlichkeit des Strafgesetzes und die Rechtsunwissenheit.

§. 13. Die Publication des Gesetzes hat theils die Bedeutung, daß sie ein wesentliches Moment für die Entstehung des Gesetzes ist, indem erst durch sie das Gesetz als solches zur Existenz kommt, theils aber auch die, daß sie das Mittel sein soll,

---

1) Vgl. Puchta Gewohnheitsrecht. 2 Thle. 1828. 1837. Savigny System des heutigen röm. Rechts I. §. 12. 18. 25. 27—30.

um das Gesetz seinem Inhalte nach zur Kenntniß derer zu bringen, für welche es verbindlich sein soll, weshalb auch diese Verbindlichkeit selbst von der thatsächlichen Möglichkeit der Kenntnißnahme abhängig gemacht wird [1]). Ist nun zwar das Verbrechen nothwendig eine gesetzwidrige Handlung, so doch nicht in dem Sinne, daß die Verbindlichkeit des Strafgesetzes durch die wirkliche Kenntniß desselben Seitens des Handelnden bedingt wäre, vielmehr wird diese Verbindlichkeit lediglich durch die in gesetzlicher Weise statt gehabte Publication und die dadurch dargebotene Möglichkeit einer Kenntnißnahme des Gesetzes bedingt. Hieraus folgt der Grundsatz, daß die Rechtsunwissenheit und der Rechtsirrthum die Strafbarkeit der verbrecherischen Handlung nicht aufheben können, ein Grundsatz der aus dem die gesetzliche Form der Publication betreffenden Gesetze vom 3. April 1846 von selbst folgend, in der preußischen Strafgesetzgebung nicht noch besonders ausgesprochen worden ist [2]). Der Grund hiervon liegt nicht in der rechtlichen Vermuthung, daß Jeder das Gesetz kenne, eine Vermuthung die bei dem gegenwärtigen Zustande der Gesetzgebung und des Volkslebens ganz unzulässig sein würde, sondern in dem Wesen des Verbrechens selbst. Ist nämlich das Verbrechen seinem begrifflichen Wesen nach eine rechtswidrige Handlung, welche durch das Gesetz nicht erst zur verbrecherischen gemacht, sondern nur positiv als solche anerkannt wird, so genügt für den zurechnungsfähigen Menschen das Leben in der sittlichen Gemeinschaft des Volkes vollkommen, um ihm eine Kenntniß der als verbrecherisch und strafbar zu betrachtenden Handlungen zu gewähren, und nur in dem Falle, daß der Handelnde, obwohl zurechnungsfähig, bisher nicht in solcher, eine ausreichende derartige Kenntniß gewährenden, Gemeinschaft gelebt hat, könnte die Annahme einer entschuldbaren Rechtsunwissenheit gerechtfertigt erscheinen. Aus dem angeführten Grunde würde aber weiter folgen, daß bei allen Handlungen, bei denen

---

1) Novell. 66. c. 1. pr. Gesetz v. 3. April 1846.

2) Bericht der Kommiss. der 1. Kammer zu §. 44. Beseler Komment. S. 196. Goltdammer Mat. I. S. 377—379.

der Grund der Strafbarkeit lediglich in der gesetzlichen Bestimmung, nicht in der innern Rechtswidrigkeit liegt, namentlich also bei den unter den Gesichtspunkt des polizeilichen Unrechtes fallenden Handlungen, im einzelnen Falle die Bestrafung von der erwiesenen wirklichen Kenntniß des Gesetzes bedingt werden müßte, da das in der Gemeinschaft des Volkslebens sich entwickelnde Rechtsbewußtsein gerade eine solche Kenntniß nicht zu gewähren vermag. Wenn auch in solchem Falle eine Berufung auf Rechtsunwissenheit nicht zulässig ist, und auch vom preußischen Strafrechte nicht zugelassen wird [3]), so hat dies seinen Grund darin, daß es bei diesen gesetzlichen Bestimmungen darauf ankommt die Interessen des Staates und der Gesellschaft gegen die, an sich nicht rechtswidrige, Willkür, Nachlässigkeit und Sorglosigkeit der Einzelnen zu schützen, und daß dieser Zweck vereitelt werden würde, falls die Unachtsamkeit auf die bestehende gesetzliche Bestimmung selbst, einen genügenden Entschuldigungsgrund der ungesetzlichen Handlung bilden sollte.

Anmerk. Von den gemeinrechtlichen Quellen kommen bei der vorliegenden Frage, da die einheimischen keinen Anhalt gewähren, nur die des römischen Rechtes in Betracht. Wenn nun zwar hier der allgemeine Grundsatz, daß die Rechtsunwissenheit nicht entschuldige, in ganz unzweifelhafter Weise ausgesprochen wird [4]), so entging doch auch den römischen Juristen nicht der Unterschied der Handlungen, deren Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit jedem Zurechnungsfähigen auch ohne besondere Gesetzeskenntniß bewußt sein müsse, und der Handlungen, deren Strafbarkeit ihren Grund nicht in dem gemeinsamen Rechtsbewußtsein der gesitteten Völker, sondern in den besonderen Zuständen und Einrichtungen eines Volkes und Staates hat, und darum sich der Kenntniß des Einzelnen leichter entziehen kann. Hierauf gründete man die Unterscheidung der delicta iuris gentium und civilis [5]) und einzelne Ausnahmen von der allgemeinen Regel über den error iuris, wonach bei delicta iuris civilis solche

3) Goltdammer Mat. II. S. 709.

4) L. 9. pr. D. de iur. et facti ignor. 22, 6. L. 12. C. eod. 1, 18. Nov. 66. c. 1. pr.

5) Cic. Verr. I. 42. de offic. III. 5. L. 42. D. de verb. sign. 50, 16. L. 1. §. 3. 4. L. 2. 3. D. de i. et i. 1, 1. L. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2. Gai. IV. 37. L. 1. §. 1. D. de iniur. 47, 10.

Personen, die, wie Minderjährige, Weiber, Soldaten, rustici, dem Rechtsleben des Volkes ferner stehen, wegen Rechtsunwissenheit entschuldigt werden sollen [6]). Die Doctrin ist erst spät auf eine nähere Würdigung und Untersuchung dieser Grundsätze eingegangen. Die älteren italienischen Criminalisten übergehen die Frage nach dem error iuris ganz, oder begnügen sich mit dem Grundsatze, daß er nicht entschuldige [7]). Wenn man später die vielfach noch beschränkte Regel aufstellte, daß der error iuris vom dolus nicht von lata culpa entschuldige [8]), so waren dies doch nur sehr willkürliche, am wenigsten quellenmäßig begründete Ansichten. Auch die älteren deutschen Criminalisten, selbst Berlich und Carpzow, übergehen diese Lehre ganz, und erst im 18. Jahrhundert wendet sich ihr die Aufmerksamkeit zu [9]). Hier tritt die richtige Grundanschauung der römischen Juristen schon bestimmter hervor, führt aber sehr bald zu allerlei unzulässigen Folgerungen, indem man sie den modernen Verhältnissen anzupassen sucht [10]). Diesen Ansichten der Doctrin schließt sich namentlich auch das preußische Landrecht an [11]). Erst Feuerbach, den seine Strafrechtstheorie zu dem Grundsatz führte, daß die Gesetzeskenntniß bei jedem Zurechnungsfähigen zu präsumiren sei, ging wieder lediglich auf die Quellen zurück, indem er die Regel: daß bei delicta iuris civilis Minderjährigen, Weibern, Soldaten und rustici die Rechtsunwissenheit verziehen werde, als eine unbedingt und allgemein giltige aufstellte [12]), eine Ansicht die man weiterhin noch näher zu begründen versuchte [13]). Die neusten Untersuchungen haben dagegen zur Genüge ergeben, daß die Unterscheidung der delicta iuris gentium und civilis keine technische überall durchzuführende ist, und daß die einzelnen Ausnahmen, welche das römische Recht von der Regel der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums zuläßt, nicht hinreichen, um daraus eine allgemeine und durchgreifende Regel zu bilden [14]).

---

6) L. 38. D. ad l. Iul. de adult. 48, 5. L. 1. §. 10. L. 4. pr. D. ad Sct. Tusp. 48, 16. L. 15. §. 4. 5. D. ad l. Corn. de fals. 48, 10. L. 4. §. 15. D. de re milit. 49, 16. L. 3. §. 22. D. de Sct. Silan. 29, 5. Vgl. Rein Criminalrecht d. Römer S. 112 flg.

7) Angel. Aret. Gloss. et appensate.

8) Tiraquell De poen. temper. caus. 11. P. Farinac. qu. 90. insp. 2.

9) Kress Comment. ad art. 177. Böhmer Medit. ad art. 179. n. 12.

10) Quistorp I. §. 47. 48.

11) II. 20. §. 10—14.

12) Feuerbach §. 86. N. 1.

13) Roßhirt im N. A. 1827. u. Entwickl. der Grundsätze §. 1—2. Heffter im N. A. 1832. und Lehrb. §. 56. Savigny System III. S. 290 flg. Vgl. Wächter Lehrb. §. 73. und Birnbaum im N. A. 1831.

14) Luden Handb. I. S. 286 und Abhandl. II. S. 138. Berner Wirkungs=

Zu bemerken bleibt, daß unter die Regel von der Unentschuldbarkeit der Rechtsunwissenheit, natürlich die Fälle nicht zu subsumiren sind, in denen der Irrthum sich nicht auf die Strafbarkeit der Handlung, sondern auf Rechtssätze und rechtliche Thatsachen bezieht, durch deren Nichtkenntniß der zum Thatbestande der betreffenden Handlung erforderliche dolus ausgeschlossen wird, so wie die Fälle, in denen zwar wirklich die Rechtsunwissenheit sich auf die Strafbarkeit der Handlung bezieht, aber als solche vermöge der Unzurechnungsfähigkeit des Handelnden gar nicht in Betracht kommt.

V. Die Grenzen für die Wirksamkeit des Strafgesetzes.

1. Die zeitlichen Grenzen.

§. 14. Die zeitliche Grenze für die Wirksamkeit des Strafgesetzes [1]) ist entweder durch das Gesetz selbst festgestellt, oder es äußert im andern Falle seine Wirksamkeit so lange, als es nicht durch ein entgegenstehendes Gesetz aufgehoben wird. Der rechtlichen Bedeutung des Gesetzes entsprechend bezieht sich auch das Strafgesetz nur auf diejenigen Handlungen, welche zur Zeit seiner Herrschaft begangen wurden, und kann deshalb weder eine rückwirkende Kraft ausüben, noch auch über den Endpunkt seines Daseins hinaus eine Wirksamkeit äußern. Unabhängig von dem zufälligen Umstande, wann die gerichtliche Verfolgung und Bestrafung einer strafbaren Handlung stattfindet, ist demnach immer nur das Gesetz anzuwenden, unter dessen Herrschaft die That begangen wurde. Uebereinstimmend mit den in der Doctrin herrschenden Ansichten weicht das preußische Strafrecht von dieser Regel ab. Wenn zwar das Strafgesetzbuch selbst in §. 2. das Prinzip anerkennt, daß das Strafgesetz keine rückwirkende Kraft äußern könne, so legt dagegen Art. 4. des Einführungsgesetzes den Bestimmungen des Strafgesetzbuches insofern eine rückwirkende Kraft bei, als strafbare Handlungen, welche vor dem Beginn seiner Wirksamkeit begangen wurden, gleichwohl

---

kreis des Strafgesetzes S. 22 flg. Köstlin System S. 377 flg. Ueber die eigenthümlichen Ansichten Temmes Lehrb. §. 40. weiter unten.

1) Temme Lehrb. §. 24. Beseler Komment. S. 602. Goltdammer Materialien I. S. 10 flg.

nach den Grundsätzen des Strafgesetzbuches beurtheilt werden sollen, wofern die betreffende Handlung hiernach mit keiner Strafe, oder mit einer gelindern als der bisher vorgeschriebenen bedroht ist. Ist es zweifelhaft, ob die Handlung vor dem 1. Juli 1851 begangen wurde, so soll bei der Entscheidung stets das mildere Gesetz angewendet werden. Auch für die Vollendung der Verjährung einer vor jenem Zeitpunkte begangenen strafbaren Handlung sollen die Bestimmungen des Strafgesetzbuches rückwirkend zur Anwendung kommen, wofern sie dem Thäter günstiger sind, als die älteren gesetzlichen Bestimmungen [2]. Da aber diese Anordnungen nicht wie die analoge Bestimmung des §. 18. der Einleitung zum A. Landrechte, der ausdrücklich aufgehoben ist [3], eine allgemeine Verbindlichkeit haben, sondern sich darauf beschränken, eine solche rückwirkende Kraft nur den Bestimmungen des Strafgesetzbuches beizulegen, so kann für alle späteren nach dem Strafgesetzbuche erlassenen Strafgesetze allein der, jede Rückwirkung ausschließende §. 2. des Strafgesetzbuches, maßgebend sein [4].

Anmerk. 1. Die Thatsache, daß man vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik aus nicht leicht eine haltbare Einwendung gegen die rückwirkende Kraft des mildern Strafgesetzes wird machen können, ist der Grund, vermöge dessen sie sich der allseitigen Zustimmung in der Doctrin zu erfreuen hat [5]. Sowohl im Interesse eines consequenten Verfahrens in der Gesetzgebung wie auch der richtigen practischen Anwendung derartiger Bestimmungen, ist es aber erforderlich sich den Grund einer solchen ausnahmsweisen Zulassung der Rückwirkung des Strafgesetzes zu vergegenwärtigen. Daß vom Standpunkte des formellen Rechtes aus dem Straf-

---

2) Einführ. G. Art. 5.

3) Einführ. G. Art. 7.

4) Der Grund dieser gewiß nicht beabsichtigten Unbilligkeit und Härte ist jedenfalls wohl nur ein Versehen, das aber der Abhilfe dringend bedarf. Vgl. Anm. 2.

5) Zachariä Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. 1834. Van der Poll De vi legis novae in criminum antea commissorum poenas, condemnationes et persecutiones. 1834. Abegg Ueber das Verhältniß neuer Gesetze zu früher vorgenommenen Handlungen im Criminalrechte. Im N. A. XIII. S. 467 flg. Mittermaier N. 2. z. F. §. 74. Heffter §. 21. Marezoll §. 22. Köstlin System §. 24. Berner Wirkungskreis §. 7.

gesetze unter keiner Bedingung eine rückwirkende Kraft beigelegt werden könne, ist allseitig zugestanden. Der Grundsatz, daß das härtere Strafgesetz vom Augenblicke seines Existentwerdens an nicht in der Art eine absolute Geltung beanspruche, daß auch früher begangene Handlungen danach beurtheilt werden müßten, bedarf demnach der besondern Rechtfertigung, die Köstlin zu geben versucht [6]), gar nicht, denn in Bezug auf früher begangene Handlungen wird das spätere Strafgesetz überhaupt niemals existent. Für die rückwirkende Kraft des mildern Strafgesetzes begnügt man sich dagegen gewöhnlich nicht Gründe der Gesetzgebungspolitik anzuführen, sondern versucht sie auf Rechtsgründe zu basiren. Es wird als ungerecht oder als ein Unrecht, das der Staat an sich selbst begehen würde, bezeichnet, wenn er das frühere Strafgesetz auf die unter dessen Herrschaft begangene Handlung zu einer Zeit anwenden wollte, in welcher er durch gänzliche Aufhebung desselben, oder durch ein entgegenstehendes milderes Gesetz, seine Ungerechtigkeit bereits anerkannt habe. Wird dieser Grund als ein Rechtsgrund geltend gemacht, so würde daraus folgen, daß auch das härtere Strafgesetz rückwirkende Kraft äußern müßte, weil durch dasselbe gleichfalls die frühere Straflosigkeit oder mildere Bestrafung der betreffenden Handlung als ungerecht bezeichnet ist, und weil durch Anwendung des ältern mildern Gesetzes der Staat gleichfalls ungerecht handeln würde. Wenn dagegen eingewandt wird, daß das neuere härtere Strafgesetz unanwendbar sei, weil der Thäter durch seine Handlung eben diese Strafe nicht verwirkt habe, so ist dies ein Einwand, der mit gleichem Rechte gegen die Rückwirkung des mildern Strafgesetzes gilt. Daß also in solchem Falle eine Antinomie zwischen den Forderungen des formellen Rechtes und der materiellen Gerechtigkeit vorliegt, ist freilich durchaus nicht zu bestreiten, aber eine solche Antinomie ist überhaupt niemals durch Gründe des formellen Rechtes zu lösen, sondern die hier wie in anderen Fällen stattfindende Möglichkeit einer solchen Antinomie ist recht eigentlich der Grund, durch welchen sich die Institution des Begnadigungsrechtes rechtfertigt. Die Begnadigung ist, wenn nicht im concreten Falle, so doch ihrem Wesen nach ein Act der Gerechtigkeit, der aber seinen Zweck grade nur dadurch zu erfüllen vermag, daß er keine Gründe des formellen Rechtes zur Voraussetzung hat. Es handelt sich also bei der dem mildern Strafgesetze beigelegten rückwirkenden Kraft allerdings lediglich um einen Act der Gnade, und es mag aus Gründen der Gesetzgebungspolitik immerhin gerechtfertigt

---

6) System §. 24.

erscheinen, diese Begnadigung nicht in jedem einzelnen Falle, sondern als die allgemeine Wirkung einer gesetzlichen Bestimmung eintreten zu lassen. Aus diesem Grunde hat aber auch der aufgehobene §. 18. der Einl. des A. L. R. den Vorzug der größern Consequenz, denn wenn es sich im Wesentlichen um eine Begnadigung handelt, so ist nicht einzusehen, warum sie zwar dem gewährt werden soll, gegen welchen erst nach Publication des neuern mildern Gesetzes das Urtheil gesprochen wird, nicht aber dem, gegen welchen zur Zeit der Publication eines solchen Gesetzes die früher verhängte Strafe überhaupt noch nicht oder nicht vollständig vollzogen ist [7]).

Anmerk. 2. Da in Art. IV. des Einführungsgesetzes ausdrücklich nur in Betreff der vor dem 1. Juli 1851, als dem Anfangstermine der Wirksamkeit des Strafgesetzbuches, begangenen strafbaren Handlungen den milderen Bestimmungen eben dieses Gesetzbuches eine rückwirkende Kraft beigelegt und §. 18. der Einl. des A. L. R. aufgehoben worden ist, so kann sich, wie angegeben, die Anordnung dieses Art. keineswegs gleichmäßig auf alle später erscheinenden Strafgesetze beziehen, es sei denn, daß sie ausdrücklich dem Strafgesetzbuche, als ihm angehörend, eingefügt werden. Wie die entgegenstehende Ansicht des Ober-Tribunals [8]), nach welcher jener Art. „während der Herrschaft des Strafgesetzbuches das ganze Strafrecht beherrschen" müsse, rechtlich begründet werden soll, ist nicht einzusehen. Ausgehend von der Ansicht, daß er auch auf Strafverordnungen der Polizeibehörden Anwendung finde, hat das Obertribunal ferner, und unter solcher Voraussetzung wohl richtig entschieden, daß das Aufhören der Wirksamkeit einer von Anfang an für einen begrenzten Zeitraum erlassenen Strafbestimmung keine rückwirkende Kraft in Betreff einer gegen sie begangenen, später erst zu strafenden Handlung ausübe. Es mangelt in solchem Falle allerdings der innere Grund, welcher im Uebrigen die dem mildern Gesetze verliehene rückwirkende Kraft rechtfertigt. Ebenso kann es nicht zweifelhaft sein, daß eine strafbare Handlung nur nach dem zur Zeit der Begehung bestehenden, nicht nach einem spätern mildern Strafgesetze zu beurtheilen ist, wenn dieses vor der Bestrafung wieder aufgehoben und das ältere hergestellt oder durch ein noch härteres als dieses ersetzt wur-

---

7) Vgl. die sehr richtige Kritik des Art. 7. des Einf. G. bei Temme Gl. S. 28 und die dort angeführten Berichte der Kammern.

8) Goltdammer A. III. S. 256. Präj. N. 134. J. M. B. 1855. S. 106. Uebrigens stehen zwei andere Urtheile des Obertribunals hiermit nicht in vollem Einklange. Vgl. Goltdammer A. II. S. 112—113. Oppenhoff zu Art. 4. N. 2.

de [9]), denn es verstößt die Annahme, daß der Schuldige durch das Erscheinen des mildern Strafgesetzes sofort ein nicht mehr entziehbares Recht auf die mildere Strafe erlangt habe gegen die ratio legis, welche eben dahin geht, den Schuldigen nicht mit der Strafe zu belegen, die er an sich verwirkt hat und die sein Recht ist, sondern mit der, welcher der strafende Staat zur Zeit der Bestrafung für die gerechte hält, wofern sie zugleich die mildere ist. Wenn behauptet wird, daß hierin eine Rückwirkung des strengern Gesetzes enthalten sein würde [10]), so ist dies unrichtig, denn bestraft wird der Schuldige nur nach dem zur Zeit der Begehung seiner Handlung geltenden Gesetze, so daß die Rückwirkung des spätern strengern Gesetzes nur in der Nichtanwendung des mildern Zwischengesetzes erblickt werden könnte. Es kommen aber bei der Frage nach der Rückwirkung des Strafgesetzes nur das zur Zeit der That und das zur Zeit der Urtheilsfällung bestehende Gesetz als die zu vergleichenden in Betracht, nicht irgend ein Zwischengesetz, das nur dann berücksichtigt werden könnte, wenn man behaupten wollte, daß die exceptionelle Rückwirkung des mildern Strafgesetzes auf einem vom Schuldigen durch dieses erworbenen Rechte beruhe, während man bisher einstimmig und mit Recht das grade Gegentheil behauptet hat.

Anmerk. 3. Unzulässig ist es einem neuern Gesetze in der Art eine rückwirkende Kraft beizulegen, daß es, weil es in einer beschränkten Beziehung milder ist als das ältere, auch nur in dieser beschränkten Beziehung und zwar gleichzeitig mit einer beschränkten Bestimmung des ältern, in dieser Beziehung mildern Gesetzes zur Anwendung gebracht wird. Die Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens ergiebt sich daraus, daß in solchem Falle weder das ältere noch das neuere, sondern ein drittes, von beiden verschiedenes und aus ihnen vom Richter eigenmächtig combinirtes Gesetz zur Anwendung kommen würde [11]). Wenn demnach das neue Strafgesetz im Vergleiche zum ältern das Maximum der Strafe herabsetzt, das Minimum aber erhöht, so kann nicht im concreten Falle die Strafe abgemessen werden in Rücksicht auf das geringere Minimum des ältern und das geringere Maximum des neuern Gesetzes. Die Meinung Berners [12]),

---

9) Berner a. a. O. S. 54 flg.
10) So Goltdammer Mat. I. S. 10. Ihm stimmt bei eine Entscheidung des Ob.-Trib. vergl. Oppenhoff zu Art. 4. N. 4.
11) Goltdammer Mat. I. S. 12 verlangt eine solche combinirte Anwendung des ältern und neuern Gesetzes, ohne seine Ansicht näher zu rechtfertigen. Vgl. dagegen Entscheidung des Ob.-Trib. J. M. B. 1851. S. 275—276.
12) a. a. O. S. 54.

daß sich der Richter bei der Strafzumessung allerdings zwischen dem geringern Minimum des ältern und dem geringern Maximum des neuern Gesetzes zu bewegen habe, weil, wenn man unter das Minimum des neuern bis auf das des ältern herabgehe ausschließlich das ältere, und wenn man das geringere Maximum des neuen Gesetzes nicht überschreite, ausschließlich das neuere Gesetz anwende, ist darum durchaus unrichtig, weil durch das Maximum und Minimum einer Strafe nicht bloß deren äußerste Grenze, sondern auch der Maßstab für die dazwischen liegenden Grade der Strafbarkeit angegeben wird. Wäre z. B. für ein Verbrechen durch das ältere Gesetz eine ein- bis zehnjährige Freiheitsstrafe gedroht, so würde damit für denjenigen, dessen Schuld nach Ermessen des Richters grade in der Mitte zwischen dem höchsten und geringsten Grade derselben steht, eine fünfjährige Strafe festzusetzen sein. Droht das neuere Gesetz für das gleiche Verbrechen eine zwei- bis neunjährige Freiheitsstrafe, so würde das mittlere Strafmaß gleichfalls fünf Jahre betragen, und in Bezug auf ein so gestaltetes Verbrechen würde keines dieser Gesetze als das härtere oder mildere erscheinen. Dagegen wird in jedem Falle, in welchem die Schuld des Thäters weniger als das mittlere Maß beträgt, das ältere, in allen Fällen, in denen sie mehr beträgt, das neuere Gesetz als das mildere erscheinen. Wird aber die Strafe nach dem Minimum von einem und dem Maximum von neun Jahren abgemessen, so werden alle zwischen den äußersten Grenzen sich bewegenden Schuldgrade mit einer keinem der beiden Gesetze entsprechenden und darum ungerechten Strafe belegt. Hieraus folgt, daß wenn die Strafe relativ bestimmt ist, und nicht das Maximum und Minimum zugleich in dem einen oder andern Gesetze höher oder niedriger sind, keines absolut als das mildere Gesetz betrachtet werden kann, sondern daß die Frage, welches als das mildere anzuwenden sei, sich nur im concreten Falle nach Maßgabe der grade hier verwirkten Strafe entscheiden läßt. Der gleiche Grundsatz, daß unbedingt nur die Strafe des einen oder des andern Gesetzes, nicht eine aus beiden combinirten anzuwenden, und daß die Frage: welches Gesetz das mildere sei, nicht absolut, sondern in Rücksicht auf den concreten Fall zu beantworten sei, gilt auch für den schwierigern Fall, daß die Strafen der beiden zu vergleichenden Gesetze ungleichartig sein sollten [13]). Es kann ferner nicht zweifelhaft sein, daß nicht bloß rücksichtlich der Strafe, sondern auch rücksichtlich aller allgemeinen Bestimmungen, welche für die Feststel-

---

13) Vgl. die entsprechenden Entscheidungen des Ob.-Trib. bei Oppenhoff zu Art. 4. N. 5. 6.

lung des Thatbestandes und das Maß der Schuld von Einfluß sind, ausschließlich immer nur das neuere oder ältere Gesetz zur Anwendung kommen kann. Darum ist auch bei der Entscheidung darüber, welches Gesetz dem Thäter das günstigere sei, nicht bloß die Strafe, sondern auch der Einfluß dieser allgemeinen Bestimmungen zu berücksichtigen [14]). In dieser Beziehung können sich für die Praxis, namentlich die der Schwurgerichte, Schwierigkeiten ergeben. Kann nämlich der Richter so wenig wie der Ankläger stets in voraus ermessen, ob das ältere oder neuere Gesetz als das mildere zu betrachten ist, da dies in vielen Fällen sich erst ermessen läßt, nachdem im concreten Falle der Thatbestand und das besondere Maß der verbrecherischen Schuld festgestellt ist, so entsteht, wenn die zu vergleichenden Gesetze in jenen allgemeinen Bestimmungen von einander abweichen, die Frage: welches Gesetz der Fassung der Anklage und der den Geschworenen zu stellenden Fragen zu Grunde zu legen ist? Folgerecht wird man sich dahin entscheiden müssen, unter Berücksichtigung der beiden Gesetze, der Anklage sowohl wie jener Fragstellung eine doppelte Fassung zu geben ist, damit der Richter in der Lage sei, das Maß der im concreten Falle verwirkten Strafe nach beiden Gesetzen festzustellen, und je nach der dann möglich gewordenen Vergleichung das eine oder das andere Gesetz anzuwenden. Aus Art. 4. und 7. des Einführungs-Gesetzes ergiebt sich endlich, daß das mildere Strafgesetz auch dann noch rückwirkende Kraft äussert, wenn es im Laufe des Strafverfahrens erscheinen sollte, dagegen nicht in Betracht kommt, wenn bereits ein rechtskräftiges Urtheil ergangen ist [15]).

2. Die räumlichen Grenzen.

§. 15. Für die räumlichen Grenzen der Wirksamkeit der preußischen Strafgesetzgebung bildet das Territorialitätsprincip die Regel, so daß alle Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, wenn sie im Inlande, gleichviel von wem, begangen wurden, hier nach den preußischen Gesetzen, wenn sie im Auslande begangen wurden, hier überhaupt nicht bestraft werden [1]).

---

14) Oppenhoff a. a. O. N. 7. 8.
15) Oppenhoff a. a. O. N. 13. 14.
1) Str. G. B. §. 3. 4. Vgl. Beseler Komment. S. 70 flg. Temme Glossen S. 50 flg. Lehrb. S. 110 flg. Goltdammer Mat. S. 56 flg.

Von dieser Regel finden jedoch einzelne Ausnahmen statt, und zwar zunächst in Betreff bestimmter Personen. Die Strafgesetze finden hiernach keine Anwendung auf die Person des Königs [2]). Alle anderen Mitglieder des königlichen Hauses sind zwar der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht entzogen, jedoch kann in Betreff ihrer eine Untersuchung, Verhaftung und darum auch Bestrafung nur stattfinden in Folge eines besondern königlichen Auftrages [3]). Der Regent, dessen rechtliche Stellung verfassungsmäßig in keiner Beziehung von der des Königs abweicht [4]), wird diesem auch in Betreff der strafrechtlichen Verantwortlichkeit gleich zu stellen sein. Nach den Grundsätzen des europäischen Völkerrechtes sind der Wirksamkeit der preußischen Strafgesetze entzogen alle diejenigen Personen, denen das Recht der Exterritorialität zusteht [5]). Umfangreichere Ausnahmen finden ferner statt in Betreff der im Auslande begangenen Verbrechen, die als Ausnahme von der Regel überdies noch dadurch bezeichnet sind, daß in diesen Fällen der preußische Staat zwar sich das Recht beilegt gewisse im Auslande begangenen Handlungen im Inlande nach seinen Gesetzen zu bestrafen, diese strafrechtliche Verfolgung aber nicht als rechtlich nothwendige anerkennt, und darum deren Vornahme in das Ermessen der betreffenden Behörden stellt. Es kann in Preußen nach preußischen Strafgesetzen verfolgt und bestraft werden 1) ein Ausländer, welcher im Auslande gegen Preußen eine im preußischen Strafgesetzbuche als eine hochverrätherische oder als eine Majestätsbeleidigung bezeichnete Handlung oder ein Münzverbrechen begangen hat; 2) ein Preuße, welcher im Auslande gegen Preußen eine hochverrätherische oder eine landesverrätherische Handlung, eine Majestätsbeleidigung oder ein Münzverbrechen begangen hat. In beiden Fällen ist augenscheinlich die diese Abweichung von der vorangestellten Re-

---

2) Preuß. Verf. Urk. von 1850 §. 43.
3) Crim. O. §. 251.
4) Verf. Urk. von 1850 §. 56—58.
5) Heffter Europäisch. Völkerrecht 5te Ausg. §. 42. 54. 205. 206. 221. 248. Gesetz vom 31. December 1842 §. 25. Temme Lehrb. §. 23. Berner a. a. O. S. 206 flg.

gel rechtfertigende Voraussetzung, daß es sich hier um Verbrechen handelt, welche in dem Staate, in welchem sie begangen wurden, nicht bestraft werden, während das berechtigte Interesse Preußens ihre Bestrafung nothwendig erscheinen läßt. Da nun aber Preußen im Inlande vom Inländer oder Ausländer an einem fremden Staate begangene Handlungen, die am preußischen Staate oder Könige begangen, hier als Hochverrath oder Majestätsbeleidigung erscheinen würden, so wie Münzverbrechen bestraft, so wird es, um nicht mit der eignen Gesetzgebung in Widerspruch zu gerathen, den fremden Staat nicht bloß für berechtigt, sondern sogar für verpflichtet erachten müssen, gleiche strafrechtliche Bestimmungen zu erlassen [6]). Es ergiebt sich hieraus die Frage: ob in den angeführten Fällen in Preußen eine Bestrafung auch dann erfolgen soll, wenn die betreffenden strafbaren Handlungen im Auslande bereits bestraft wurden? Diese Frage erledigt sich durch die nachfolgende Bestimmung. Es kann nämlich in Preußen nach preußischen Strafgesetzen verfolgt und bestraft werden 3) ein Preuße, welcher im Auslande eine Handlung begangen hat, welche nach preußischen Gesetzen als ein Verbrechen oder Vergehen bestraft wird. Da aber in Betreff dieser Verbrechen und Vergehen die Berechtigung des fremden Staates, in dessen Gebiet sie begangen wurden, seinerseits und nach seinen Gesetzen zu strafen nicht nur überhaupt, sondern auch als die in der Regel ausschließliche anerkannt wird, so nimmt Preußen nur eine in Vertretung des berechtigten Staates geübte Strafgewalt in Anspruch, und straft darum „in diesem Falle“ nur, wenn nicht bereits von den Gerichten des Auslandes über die Handlung rechtskräftig erkannt und die etwa ausgesprochene Strafe vollzogen oder durch Begnadigung erlassen ist, und wenn ferner die betreffende Handlung auch durch die Gesetze des Ortes, wo sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist. Ist also nur in diesem Falle die nochmalige Bestrafung in

---

6) So werden wirklich in Sachsen, Braunschweig, Hannover, Baden, Würtemberg, Hessen-Darmstadt, die dort an einem befreundeten Staate begangenen hoch- oder landesverrätherischen Handlungen durch die dasigen Strafgesetze mit Strafe bedroht.

Preußen *ausgeschlossen*, und findet nur in diesem Falle eine Berücksichtigung des am Orte der That geltenden Strafgesetzes statt, so folgt daraus für die unter 1. und 2. genannten Handlungen das Gegentheil, da im andern Falle namentlich die besondere Erwähnung der von einem Preußen im Auslande begangenen unter 2. genannten Handlung überflüssig sein würde, insofern sie an sich zugleich unter die Kategorie der unter 3. genannten Verbrechen und Vergehen fallen.

Anmerk. 1. Die Frage nach der Wirksamkeit des Strafgesetzes in räumlicher Beziehung bedarf nothwendig nicht bloß einer staatsrechtlichen, sondern zugleich auch völkerrechtlichen Entscheidung, da sie die Frage nach den völkerrechtlichen Grenzen der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt verschiedener selbständiger Staaten in sich enthält. Aber nicht nur die Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen ein im Auslande begangenes Verbrechen nach der inländischen Strafgesetzgebung beurtheilt und bestraft werden könne, sondern auch eben so sehr die Frage: ob alle im Inlande begangenen Verbrechen nach den hier geltenden Gesetzen zu beurtheilen seien, ist eine zugleich dem Völkerrechte angehörende.

Wenn in Betreff des gemeinen Rechtes die Quellen des römischen Rechtes bezüglich der hierher gehörigen Fragen in irgend einer beschränkten Beziehung eine Antwort ertheilen, welche vom Standpunkte des europäischen Völkerrechtes aus als richtig anzuerkennen ist, so ist eine solche Uebereinstimmung als eine nur zufällige zu betrachten, da im Allgemeinen, vermöge des principiellen Unterschiedes des römischen Reiches und der neueren europäischen Staaten rücksichtlich ihres völkerrechtlichen Standpunktes, die Quellen des römischen Rechtes hier nicht als entscheidend angesehen werden können. Es stimmt mit den Grundsätzen des neuern europäischen Staats- und Völkerrechtes überein, wenn, wie nicht zu bezweifeln ist, nach römischem Rechte die Wirksamkeit des Strafgesetzes und Gerichtes sich über alle im römischen Reiche begangenen Verbrechen erstreckt, gleichviel ob der Thäter ein römischer Bürger oder Peregrine war [7]). Dagegen sind die, besonders der ältern Zeit angehörenden, Grundsätze des römischen Rechtes

---

7) L. 1. §. 4. D. de offic. praef. urbi 1, 12. L. 3. D. de offic. praesidis 1, 18. L. 7. §. 2. D. de capt. 49, 15. L. 10. 16. Th. C. de accus. 9, 1. Tit. C. ubi de crim. 3, 15. Nov. 69, 1. 134, 5. Rein Criminalrecht der Römer S. 172 flg. Geib Geschichte des röm. Criminalprozesses S. 486 flg.

über die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen[8]) für die Gegenwart völlig bedeutungslos. Eben so wenig können die mittelalterlichen Rechtsgrundsätze in der vorliegenden Frage irgend maßgebend sein. Einzelne hierher gehörige Anordnungen des kirchlichen Rechtes[9]) sind ohne principielle Bedeutung, während die staats- und völkerrechtlichen Principien der Kirche, nach welchen die Völker und Staaten Europa's, ohne souveräne Selbständigkeit, nur als Glieder des christlichen Universalstaates erscheinen, denen der Gegenwart völlig widersprechen. Wenn zwar das System der persönlichen Rechte[10]) der germanischen Völker schon im Laufe des Mittelalters allmälig der Territorialität des Rechtes weichen mußte[11]), so war dennoch der Gedanke eines christlichen Universalstaates so tief in das Bewußtsein der Völker Europa's eingedrungen, daß selbst dann noch, als diese von der Macht der Kirche getragene Anschauung längst bedeutungslos geworden war, das territoriale Recht nicht als ein in sich abgeschlossenes Recht eines selbständigen Staates, sondern nur als ein Partikularrecht betrachtet wurde, das ein gemeines über die ganze Christenheit sich erstreckendes Recht zu seiner Voraussetzung habe[12]). Als daher schon im Mittelalter thatsächlich sich in Italien selbständige Staaten entwickelten, gewann zwar die Frage nach dem Verhältniß der verschiedenen territorialen Rechte eine wichtige practische Bedeutung, und wurde schon früh auch von den Criminalisten erörtert, konnte aber eine genügende Lösung so lange nicht finden, als die territorialen Rechte nur als, ein gemeines Recht voraussetzende, Statutarrechte betrachtet wurden. Die Erörterungen der italienischen Criminalisten gehen daher hauptsächlich aus von den prozessualischen Competenzbestimmungen des römischen Rechtes. Der schon von Placentinus aufgestellte Grundsatz: ubi te invenero ibi te iudicabo, der freilich alle Schwierigkeiten in sehr leichter Weise beseitigte, wurde von seinen Nachfolgern verworfen[13]), indem sie nur das forum delicti commissi als unbedingt competent anerkannten, so daß also dem einheimischen

---

8) Rein a. a. O.

9) Clem. 2. de sentent. 2, 11. C. 2. de constit. in VI. 1, 2. C. 4. X. de for. comp. 2, 2.

10) Ueber dessen Einfluß auf das Strafrecht vgl. Wilda Strafrecht der Germanen S. 672 flg.

11) Sächs. Landr. I. 30. III. 25. 33. 79.

12) Wie dies die Anschauung des Sachsenspiegels war, Sächs. Landr. III. 33. und Glosse, so auch noch die Berlichs, dem darum für Fragen des gemeinen Rechtes die Urtheile französischer, spanischer, italienischer Gerichte die gleiche Bedeutung haben, wie die der einheimischen.

13) A. de Gandino De malef. Rubr. de furibus et latron.

Strafgesetz die im Inlande begangenen Verbrechen stets, die vom Ausländer im Auslande begangenen Verbrechen niemals unterworfen erschienen. Streitig dagegen war die Frage nach der Bedeutung des im römischen Rechte, wenn auch nur in sehr beschränkter Weise anerkannten forum domicilii, oder die Frage: ob das vom Inländer im Auslande begangene Verbrechen der heimathlichen Strafgesetzgebung unterliege? Gandinus bejaht diese Frage, insofern der Verletzte klagt „et hoc quia idem in contractibus,“ er verneint sie, insofern das Verbrechen ex officio auf dem Wege der Requisition bestraft werden soll, weil florentinische Bürger durch ein zu Siena begangenes Verbrechen quantum ad iudicem florentinum non deliquerunt [14]). Ganz dieselben Erörterungen finden sich auch bei Clarus. Für seine von Gandinus abweichende Ansicht, daß nämlich das vom Inländer im Auslande begangene Verbrechen nicht bloß in Folge der Anklage, sondern auch von Amtswegen im Inlande bestraft werden könne, weiß er aber als Grund nur die politische Rücksicht auf das öffentliche Interesse anzuführen [15]). Der ungenügende Grund für die Ausdehnung der Strafgerichtsbarkeit über alle im Auslande von Inländern begangene Verbrechen hatte aber zur Folge, daß nunmehr sich das Bedenken erhob, ob in solchem Falle auch stets das einheimische Recht zur Anwendung kommen dürfe, oder ob nicht vielleicht nach dem am Orte des begangenen Verbrechens geltenden, oder vielleicht nach gemeinem Rechte entschieden werden müsse? Diese, schon früher beiläufig berührte Frage [16]), wird darum zuerst von Clarus sehr vollständig erörtert, und dahin entschieden, daß in der Regel das fremde am Orte des begangenen Verbrechens geltende Recht, das einheimische nur dann, wenn es ausdrücklich für die im Auslande begangenen Verbrechen Strafen festsetzt, zur Anwendung gebracht werden müsse [17]). Den gleichen Ansichten folgt Farinacius, nur daß er das Verhältniß des forum delicti commissi und domicilii und die Frage, inwiefern eine Verbindlichkeit zur Auslieferung des Verbrechers für das eine oder andere Gericht besteht, näher erörtert. Während nach den Grundsätzen des römischen Rechtes für das forum domicilii eine solche Verbindlichkeit aner-

---

14) A. de Gandino l. c. Rubr. Quaestio an in loco domicilii seu originis possit contra aliquem inquiri de maleficio alibi commisso. Cf. Rubr. Ubi puniatur delinquens.

15) J. Clari Sentent. lib. V. §. fin. qu. 38. Noch kurze Zeit vor ihm bezeichnet es Hippol. de Marsiliis Pract. crim. §. constante n. 90. als die communis opinio, daß wegen des im Auslande begangenen Verbrechens eine inquisitio nicht stattfinden könne.

16) Bartolus in L. 1. C. de summa trin. 1, 1. n. 21.

17) Clarus l. c. qu. 85.

kannt wird, vorausgesetzt, daß beide Gerichte demselben Staate angehören, wird sie für die Gerichte verschiedener Staaten geleugnet, quia unusquisque iudex defendit suam iurisdictionem [18]). Eben so wenig wird für den in allen Beziehungen incompetenten Richter eine Verpflichtung der Auslieferung an den competenten Richter des Auslandes anerkannt. Ferner soll eine Freisprechung oder Verurtheilung von Seiten des im Auslande belegenen forum delicti commissi ein nochmaliges Strafverfahren vor dem Gerichte der Heimath in der Regel verhindern, ausnahmsweise nicht, wenn das Urtheil in betrügerischer Weise herbeigeführt sein sollte, wogegen die im Auslande erfolgte Begnadigung für das Inland als ganz unverbindlich betrachtet wird.

Bei den deutschen Criminalisten des 16. und 17. Jahrhunderts und selbst bei den sächsischen Juristen findet sich eine eingehende Erörterung über die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen gar nicht. Der Grund davon lag darin, daß sie, abweichend von den italienischen Criminalisten, die unbedingte Geltung des forum deprehensionis anerkannten [19]), und daß dadurch alle etwaigen Zweifel über die Wirksamkeit des Strafgesetzes in Betreff der im Auslande begangenen Verbrechen abgeschnitten waren. Erst mit der Böhmerschen Schrift de delictis extra territorium admissis [20]) beginnt in Deutschland die Erörterung der Frage nach der Wirksamkeit des Strafgesetzes in örtlicher Beziehung, und zwar grade darum, weil diese Schrift den Beweis unternimmt, daß die herkömmlichen Grundsätze über das forum deprehensionis in den Quellen des römischen Rechtes nicht begründet seien, und daß überhaupt die römischrechtliche Lehre vom forum hier nicht entscheiden könne, wo es sich nicht um das Verhältniß der Provinzen eines Reiches, sondern um das selbständiger Territorien handle. Eine Lösung aber findet hier jene Frage nicht, da sie nur in Rücksicht auf das eigenthümliche zwischen staatlicher Selbständigkeit und provinzieller Unselbständigkeit schwankende Verhältniß der Territorien des deutschen Reiches erörtert wird. Daß dieses Verhältniß als das practisch bedeutsamste die deutschen Criminalisten am meisten interessirte, und daß es darum nicht bestimmt genug von dem Verhältniß souveräner Staaten zu einander unterschieden wurde, bewirkte die auch noch später in dieser Lehre herrschende Unklarheit. Erst gegen das Ende des

18) Prosp. Farinacius De inquisit. lib. 1. tit. 1. qu. 6.
19) Carpzow Pract. crim. P. III. qu. 110. n. 69.
20) De delictis extra territorium admissis Diss. Praeside G. L. Boehmero disputata ab auctore Ruppel. Göttingae 1748.

18. Jahrhunderts wandte sich die Aufmerksamkeit der Criminalisten bestimmter dem Verhältniß der Strafgesetzgebung verschiedener souveräner Staaten zu [21]), und wenn sehr bald das Princip der Territorialität des Rechtes in der Beziehung allseitig anerkannt wurde, daß man alle innerhalb des Staatsgebietes von Inländern wie Ausländern begangenen Verbrechen als strafbar nach den hier geltenden Strafgesetzen betrachtete, so keineswegs in Betreff der im Auslande begangenen Verbrechen. Uebereinstimmung herrscht hier nur in dem einen Punkte, daß nämlich gewisse im Auslande begangene Verbrechen auch im Inlande strafbar seien. Streitig dagegen sind die Fragen: welche Verbrechen dies seien? ob sie lediglich nach dem Strafgesetze des Inlandes zu bestrafen seien, oder ob dem am Orte des begangenen Verbrechens geltenden Strafgesetze irgend eine Berücksichtigung gebühre? und welches der Rechtsgrund dieses dem Territorialitätsprincipe widersprechenden Grundsatzes sei? Auf der einen Seite suchte man das Territorialitätsprincip dadurch zu retten, daß man die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen auf den Fall beschränkte, daß sie von Inländern begangen sind, daß man den Rechtsgrund dafür in der für den Inländer auch beim Aufenthalt im Auslande fortdauernden Verbindlichkeit der heimathlichen Gesetze suchte, und daß man dem ausländischen Gesetze jede Wirksamkeit im Inlande absprach [22]). Andrerseits ging man über diese Grenzen der Wirksamkeit des Strafgesetzes mehr oder weniger hinaus, gab damit die ausschließliche Geltung des Territorialitätsprincipes auf, legte in Folge dessen dem ausländischen Strafgesetze eine mehr oder weniger beschränkte Wirksamkeit im Inlande bei, und rechtfertigte diese Ueberschreitungen weniger durch Gründe des Rechtes als vielmehr durch mancherlei politische Rücksichten [23]). Diesen Ansichten schloß sich namentlich auch das Preuß. A. L. R. an, indem es für die preußischen Gerichte das Recht beanspruchte, wenn auch ihnen nicht die Pflicht auferlegte, ein jedes im Auslande begangene Verbrechen zu bestrafen, und die practisch unausführbare Bestimmung hinzufügte, daß in solchem Falle der Ausländer nach dem am Orte des begangenen Verbrechens geltenden Straf-

---

21) Rudolph De poena delictorum extra territ. adm. 1790.

22) Kleinschrod Syst. Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechts II. §. 122—124.

23) Koch Inst. iur. crim. §. 94. 675. 676. Rudolph l. c. Rechtssprüche der Hall. Jur. Fak. I. S. 7 flg. Egger in Zeiler jährl. Beiträgen zur Gesetzkunde 2c. 1809. IV. N. 3. Tittmann Strafrechtspflege in völkerrechtl. Rücksicht. 1817.

gesetze bestraft werden solle [24]). Eine wesentliche Aenderung in diesen Grundsätzen und in ihrer rechtlichen Begründung trat auch dadurch nicht ein, daß man seit Anfang dieses Jahrhunderts die hierher gehörigen Fragen vom Standpunkte der verschiedenen Strafrechtstheorien aus zu beantworten versuchte [25]). Einen festen Boden gewann vielmehr die Lehre von der Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen erst durch Abegg [26]). Sein Verdienst ist es die rechtliche Bedeutung des Territorialitätsprincipes, das nothwendig der erste leitende Gesichtspunkt sein muß, mit aller Schärfe und Bestimmtheit durchgeführt zu haben, woraus sich als nothwendige Folge ergab, daß das im Auslande begangene Verbrechen überhaupt niemals, wer auch das Subject oder Object desselben sein möge, nach den inländischen Gesetzen strafbar sei, und daß eben so wenig je das ausländische Strafgesetz im Inlande zur Anwendung kommen könne. So verdienstlich und nothwendig es aber auch war, daß zunächst in dieser Beziehung fester Boden gewonnen wurde, so wenig fand doch diese Lösung der Frage eine allseitige Zustimmung. Theils widerstrebte der folgerichtigen Durchführung des Territorialitätsprincipes allzusehr das Herkommen und das practische Bedürfniß, theils war auch eine solche Lösung der Frage an sich eine einseitige und der Ergänzung bedürftige. Darum folgten späterhin der Abeggschen Ansicht nur Henke und in neuster Zeit Köstlin [27]), während die übrigen Criminalisten die durch das Territorialitätsprincip der Wirksamkeit des Strafgesetzes gezogenen Grenzen nach wie vor aus diesen oder jenen Gründen überschritten [28]). Ganz denselben Kampf entgegengesetzter Meinungen finden wir in der völkerrechtlichen Litteratur [29]),

---

24) A. L. R. II. 20. §. 12—15. Vgl. Verordn. v. 30. Juni 1820 und Criminal-Ordnung I. 3. §. 96. 97.

25) Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 107. 166. Feuerbach Lehrbuch des peinl. R. §. 31. und Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs zu einem peinl. Gesetzbuche II. S. 3.

26) Abegg Ueber die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. 1819.

27) Henke Handbuch des Criminalrechts I. S. 601 flg. Köstlin Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts §. 192. System des deutsch. Strafrechts §. 23.

28) Jarke Handbuch des gem. deutsch. Strafrechts I. S. 294 flg. Bauer Lehrbuch des Strafrechts 2. Ausg. §. 102. Heffter Lehrbuch des gem. deutsch. Strafrechts 5. Aufl. §. 26.

29) Martens Précis du droit des gens 1789. I. §. 83—86. Schmalz Das europ. Völkerrecht S. 155 flg. Schmelzing Europ. Völkerrecht I. §. 159—165. Klüber Europ. Völkerrecht 2. Aufl. §. 64—66. Oppenheim Völkerrecht S. 382 flg. Heffter Europ. Völkerrecht §. 36. Fölix Droit international privé p. 534 sq.

welche sich in der vorliegenden Frage durchweg den Ansichten der Criminalisten anschließt, und viel weniger als zu erwarten wäre, von ihrem eigenthümlichen Standpunkte aus zu beantworten versucht. Während in neuster Zeit Berner es nochmals versuchte die hergebrachte Lehre durch eine tiefere wissenschaftliche Begründung zu retten, indem er neben das Territorialitätsprincip ein, auf den auch im Auslande fortdauernden Unterthanverband sich gründendes Personalitätsprincip und ein natürliches Strafrecht des Staates stellte[30]), wurde endlich von Witte und Mohl[31]) im Gegensatze zu dem abstract staatsrechtlichen Gesichtspunkte, welcher entweder über das Territorialitätsprincip nicht hinauskommt, oder dieses höchstens durch allerlei Nebenrücksichten modifizirt, der hier allein entscheidende völkerrechtliche Gesichtspunkt geltend gemacht, der allein die Möglichkeit gewährt für die Beantwortung unserer Frage ein einheitliches überall entscheidendes Princip zu gewinnen, und welcher so wenig wie das Völkerrecht überhaupt und die Unterordnung des Staates unter dasselbe eine Beseitigung und Aufhebung des Staatsrechtes fordert, eben so wenig irgend eine Verletzung des staatsrechtlichen Territorialitätsprincipes enthält.

Anmerk. 2. Wie bereits angegeben wurde bedarf die Frage nach den Grenzen der Wirksamkeit der Strafgesetze in räumlicher Beziehung einer völkerrechtlichen Entscheidung, denn sie setzt sofort voraus, daß jener Wirksamkeit durch die Strafgesetzgebung anderer coexistirender Staaten bestimmte Grenzen gesetzt werden, und daß es sich also um das völkerrechtliche Verhältniß der gesetzgebenden Gewalt verschiedener Staaten handelt. Die zu beantwortende Frage, die hier nur in besonderer Anwendung auf einen bestimmten Zweig der Gesetzgebung in Betracht kommt, ist also die: wie weit die Berechtigung des Staates das Recht zu setzen und im concreten Falle durch seine Thätigkeit zu verwirklichen sich erstrecke?

Daß es die wesentliche Aufgabe, die sittliche Pflicht und darum das Recht des Staates ist dem socialen Leben des Volkes, in allen seinen Aeußerungen die Form des Rechtes zu gewähren, bedarf keines Beweises. Es wird aber das positive Recht, als das Ergebniß des Volksgeistes, so lange sich als ein rein nationales, nur durch die Nationalität begrenztes und darum an der persönlichen Qualität Volksgenosse zu sein, haf-

---

30) Berner Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen. 1853.

31) Th. Witte Meditationes de iure criminali respectu iuris internationalis institutae. Dorpat 1851. Mohl Revision der völkerrechtlichen Lehre vom Asyle, Zeitschrift f. d. gesammte Staatswissenschaft 1853. S. 461 flg.

tendes darstellen, als die natürlich bestimmte Volkseinheit die noch unentwickelte, historisch bestimmte Staatseinheit überwiegt. So wie dagegen an die Stelle des Naturvolkes das Staatsvolk tritt, und sich seiner im Laufe der geschichtlichen Entwickelung als solchen bewußt wird, so tritt auch an die Stelle des nur nationalen, das territorial begrenzte Recht des Staates. Vom Standpunkte des Staatsrechtes aus sind Volkseinheit und Staatseinheit identisch; es kennt keine Volksgenossen die nicht Staatsgenossen, und keine Staatsgenossen die nicht Volksgenossen wären. Innerhalb des Staatsgebietes bewegt sich das Leben des Volkes, dem der Staat, und der Staat allein, das Recht hat auf dem Wege der Gesetzgebung seine rechtliche Form zu verleihen. Die territorialen Grenzen des Staates sind darum auch zunächst die nothwendigen Grenzen für die Gesetzgebung des Staates, denn der Versuch dem eigenen Gesetze über jene Grenzen hinaus eine Wirkung beizulegen würde eine Verletzung der souveränen Selbständigkeit und Autonomie des Staates sein, in dessen Gebiet dadurch übergegriffen wird, und es würde der verletzende Staat damit die Rechtsgrundlage seines eignen Gesetzgebungsrechtes negiren. Hieraus ergiebt sich nothwendig die Berechtigung des Staates dem fremden Gesetze im eigenen Staatsgebiete jede Wirksamkeit zu versagen, eine Berechtigung, die freilich auch das Recht in sich enthält dem fremden Gesetze ausnahmsweise eine solche Wirksamkeit zuzugestehen, nur daß in solchem Falle das fremde Gesetz eben nicht als solches und kraft eigener Autorität, sondern eigentlich als Landesgesetz vermöge der Autorität der gesetzgebenden Gewalt *dieses* Staates zur Anwendung kommt.

Aber das Volk, das Staatsvolk, ist nicht nur eine in sich abgeschlossene, sich in jeder Beziehung selbst und allein genügende Welt, sondern steht als Individuum der Menschheit in einem nothwendigen Bezuge zu dieser, und bedarf zur Erfüllung der eigenen Lebenszwecke nothwendig der mithelfenden Thätigkeit anderer Völker. Der fremde Staat ist darum nicht bloß das schlechthin Andere, das zu diesem Staate in keinem als diesem negativen Bezuge stünde, sondern sein Dasein ist eine Bedingung des Daseins, der Entwickelung und Vollführung der welthistorischen Aufgabe *dieses* Staates selbst. Obwohl der fremde Staat außerhalb des Gebietes und darum auch außerhalb des Wirkungskreises der innern Gesetzgebung dieses Staates sich befindet, so kann er doch in keiner Beziehung als außerhalb des Rechtes stehend betrachtet werden. Ist also die Beziehung des Staates zu anderen Staaten und der Verkehr mit ihnen eine nothwendige Bedingung und Voraussetzung für sein eignes Dasein, so ist die erste Forderung die, daß diese Beziehung sich rechtlich gestalte, da es kein

Verhältniß des socialen Lebens der Menschen geben kann, an welchem das Recht seine wesentliche Aufgabe, dasselbe sittlich zu gestalten, nicht vollziehen könnte. Die Beziehung der verschiedenen souveränen Staaten zu einander rechtlich zu gestalten ist die Aufgabe des Völkerrechtes, das aber als ein positives den vielen Staaten gemeinsames freilich ebenso wie das territorial begrenzte Recht des Staates, nur auf dem Boden bestimmter geschichtlicher Voraussetzungen erwachsen wird. Wie dort die Voraussetzung die einheitliche Volksindividualität ist, aus deren sittlichem Bewußtsein das einheitliche Volksrecht erwächst, so hier eine Anzahl von Völkern und Staaten, die vermöge ihrer gemeinsamen geschichtlichen Entwickelung zur geistig sittlichen Einheit zusammengewachsen und trotz ihrer individuellen Verschiedenheit gleichartig gestaltet sind, so daß aus ihrem gleichartigen sittlichen und rechtlichen Bewußtsein ein einheitliches Völkerrecht erwachsen kann, dem jeder einzelne Staat sich zu fügen vermag, weil er sich mit ihm innerlich eins weiß und von ihm nicht wie von einer ihm selbst äußern und fremden Macht eine Beeinträchtigung und Verletzung seiner Individualität zu befürchten hat. In solcher Weise bilden thatsächlich die europäischen Staaten einen einheitlichen völkerrechtlichen Organismus, in welchem, dem Wesen des sittlichen Organismus entsprechend, jedes Glied die Gewähr seines Daseins, seine eigenthümliche Geltung und Bedeutung nur hat in der Einheit mit dem Ganzen, auf der Integrität dieses Organismus beruht, und darum die Verletzung eines Gliedes als eine der Gesammtheit und mittelbar jedem einzelnen Gliede zugefügte empfindet. Unter solcher Voraussetzung folgt ferner, daß wenn zwar die territorialen Grenzen des Staates die Grenzen für seine territoriale Gesetzgebung sind, so doch nicht die Grenzen für das Recht überhaupt. Denn nicht bloß verbindet das Völkerrecht die verschiedenen Staaten unter einander in ihren äußeren Beziehungen, sondern es hat auch jeder Staat es anzuerkennen, daß seine Gesetzgebung nicht die absolute und alleinige Darstellung des Rechtes und der Gerechtigkeit ist, sondern daß, wenn auch in individuell verschiedener Form, in jedem Staate das Recht die herrschende Macht ist. In Bezug auf das Verbrechen ergiebt sich hieraus im Allgemeinen, daß, so gewiß das Verbrechen im Staate nur gestraft werden kann insofern es sich eben hier als eine gesetzwidrige Handlung darstellt, so gewiß das im Auslande begangene Verbrechen als Bruch der Gerechtigkeit auch vom Standpunkte des diesseitigen Staates aus betrachtet ein Verbrechen ist, bei dem also nicht die Frage aufgeworfen werden kann, ob überhaupt ein Verbrechen vorhanden ist, sondern nur die, ob und in welcher Weise es nach den hier bestehenden Strafgesetzen und in Rücksicht auf das völkerrechtliche Verhältniß

der Staaten gestraft werden könne, wie ja in gleicher Weise bei dem im Auslande begründeten privatrechtlichen Rechtsverhältnisse nur gefragt wird, ob und welche rechtliche Wirksamkeit es im Inlande zu äußern vermöge, nicht aber, ob überhaupt ein solches vorhanden sei. In dieser Beziehung ist darum der Unterschied des criminellen und des polizeilichen Unrechtes von Bedeutung. Das criminelle Unrecht ist seinem Wesen nach Entgegensetzung gegen das Recht und ist nicht darum Verbrechen, weil es eine vom Gesetze verbotene Handlung ist, sondern ist umgekehrt vom Gesetze verboten, weil es an sich Verbrechen ist, und darum auch als solches erscheint, wenn es im concreten Falle nicht gegen das hier geltende Strafgesetz verstieß. Das polizeiliche Unrecht dagegen ist eine Handlung, die ihrem Inhalte nach nicht dem Rechte entgegengesetzt, und darum nur vermöge des Gesetzes und nur im Sinne der hier geltenden positiven Gesetzgebung unrecht ist, weshalb sie den Character der Rechtswidrigkeit völlig verliert, wenn sie im concreten Falle nicht als gesetzwidrig erscheint.

Hieraus ergeben sich für die Grenzen der Wirksamkeit des Strafgesetzes die nachstehenden Folgerungen:

1. Das Strafgesetz findet Anwendung auf alle im Inlande begangenen strafbaren Handlungen, gleichviel ob der Thäter Inländer oder Ausländer war, ob die Handlung unter den Gesichtspunkt des criminellen oder polizeilichen Unrechtes fällt. Es kann aber auch nur diejenige Handlung bestraft werden, welche durch das hier geltende Gesetz mit Strafe belegt ist, nicht diejenige, welche vielleicht vom Standpunkte der Wissenschaft, einer fremden Strafgesetzgebung oder wohl auch des nationalen Rechtsbewußtseins aus als eine verbrecherische sich darstellt, hier aber nicht gesetzwidrig ist. In allen Fällen hat das Recht des Staates zu strafen das positive Gesetz zu seiner Voraussetzung und darum kann der Staat z. B. nie berechtigt sein am Ausländer die hier erlaubte Handlung zu strafen, weil sie nach der heimathlichen Gesetzgebung des Thäters strafbar ist, und eben so wenig je die Pflicht haben dem fremden Strafgesetze eine derartige Wirksamkeit im Inlande zu gestatten. Aus diesem an sich ganz richtigen Grundsatze hat man aber vom Standpunkte des Territorialitätsprincipes aus die Folgerung gezogen, daß der Staat niemals in der Lage sein könne das innerhalb seines Staatsgebietes an einem fremden Staate als solchen begangene Verbrechen zu bestrafen. Da nämlich die Wirksamkeit der Strafgesetzgebung sich nothwendig auf das eigene Staatsgebiet beschränke, so gewähre sie auch dem Rechte nur innerhalb der territorialen Grenzen Schutz gegen das Verbrechen, nicht also dem auswärtigen Staate. Hiernach begehe der Inländer durch einen im Inlande unternommenen feind-

lichen Angriff auf den fremden Staat im Sinne der inländischen Gesetzgebung kein Verbrechen und der Staat habe darum kein Recht ihn dafür zu strafen. Dasselbe gelte auch vom Ausländer, denn selbst wenn dieser ein Unterthan des angegriffenen Staates sein sollte und zugegeben werden könnte, daß für ihn die heimathliche Strafgesetzgebung auch bei seinem Aufenthalte im Auslande ihre Verbindlichkeit bewahre, würde er nur bei seiner Rückkehr in die Heimath dort, nicht aber hier gestraft werden können, wo er eine Gesetzwidrigkeit nicht begangen habe. Mit dieser Anschauung stimmt freilich die Gesetzgebung und Praxis der meisten europäischen Staaten überein, und grade daraus ergeben sich für die Frage nach den räumlichen Grenzen der Wirksamkeit des Strafgesetzes um so größere Schwierigkeiten, als gegen diesen auf falschen Voraussetzungen beruhenden Grundsatz schon längst die Macht der gegebenen Verhältnisse und das natürliche Rechtsgefühl sich aufzulehnen begonnen hat, während man bisher dasselbe juristisch nicht anders zu formuliren wußte, als daß man das an sich richtige Territorialitätsprincip in unzulässiger Weise beeinträchtigte.

Es ist vollkommen richtig, daß der Staat das innerhalb seiner Grenzen am fremden Staate begangene Verbrechen nicht bestrafen kann, weil und insofern eine solche Handlung durch seine Gesetze nicht als strafbar bezeichnet ist. Wenn man aber einen solchen Zustand der Strafgesetzgebung stillschweigend als den nothwendigen und in sich gerechtfertigten voraussetzt, so hat dies seinen Grund in dem unzulässigen, einseitigen Festhalten des abstracten, staatsrechtlichen Gesichtspunktes. Mochte der antike Staat, welcher sich als eine in sich abgeschlossene sich selbst genügende Welt, das Dasein anderer Staaten nur als eine zufällige in sich nicht gerechtfertigte Thatsache betrachtete, seiner Aufgabe zu genügen glauben, wenn er für die Herrschaft des Rechtes innerhalb seiner Grenzen sorgte, so doch nicht der moderne europäische Staat, welcher vermöge seiner angedeuteten völkerrechtlichen Stellung wesentlich dazu berufen ist, auch über seine Grenzen hinaus, innerhalb des völkerrechtlichen Organismus der Staaten das Recht schützen zu helfen. Welche Rechten und Pflichten für den Staat rücksichtlich des Verkehres der Staaten unter einander hieraus sich ergeben, ist hier nicht zu erörtern. Für die Strafgesetzgebung aber folgt, daß, wenn sie zwar als ein Theil der innern Gesetzgebung des Staates nur für das Inland eine verbindliche Kraft beanspruchen kann, doch hier im Inlande der fremde Staat als Glied der völkerrechtlichen Einheit mögliches Object des Verbrechens ist und darum strafrechtlichen Schutz zu fordern hat. Es ist dies am allerwenigsten die Forderung eines abstracten Kosmopolitismus, der allerdings für den Staat stets die Gefahr mit sich bringt, daß er über

dem Streben nach fremden, fern liegenden Zwecken, die eigene, nächstliegende Aufgabe aus den Augen verliere, sondern es ist nur die Forderung, daß der Staat um seiner selbst und der eigenen Integrität willen, es anerkenne, daß er seinen rechtlichen Bestand nur auf der Grundlage der völkerrechtlichen Einheit der Staaten habe, daß deren Integrität auf der jedes einzelnen ihrer Glieder beruhe, und daß darum das Dasein und die Unverletzlichkeit des fremden Staates eine Bedingung des eigenen rechtlichen Daseins ist. Darum hat auch nicht jeder beliebige, sondern nur der Staat einen strafrechtlichen Schutz von dem unsrigen zu fordern, der zu ihm, vermöge der geschichtlichen Gestaltung der völkerrechtlichen Verhältnisse, thatsächlich in ein solches Verhältniß getreten ist, und in solcher Beschränkung handelt es sich wahrlich weniger um ein Pflicht als um das Recht des Staates durch den dem fremden Staaten gewährte Schutz die rechtliche Grundlage des eigenen Daseins gegen das Verbrechen zu schützen. Die aus der Natur des völkerrechtlichen Verhältnisses der Staaten Europa's sich ergebende Forderung ist also die: daß jeder Staat das innerhalb seines Gebietes, gleichviel von wem, am fremden Staate begangene Verbrechen strafe, aber, mit voller Beachtung des Territorialitätsprincipes, darum weil er pflichtmäßig durch die eigene Strafgesetzgebung den fremden Staat unter seinen strafrechtlichen Schutz gestellt hat.

2. Für alle im Auslande begangenen Verbrechen ist die aus dem Territorialitätsprincipe sich ergebende Regel, daß sie im Inlande nach den hier geltenden und allein anwendbaren Strafgesetzen nicht gestraft werden können, weil ihnen im Verhältniß zu diesen der Character der Gesetzwidrigkeit fehlt. Diese Regel aber erleidet allerdings Modificationen, welche eine gesonderte Betrachtung einzelner Fälle erforderlich macht, und zwar unterscheiden wir: ob das Verbrechen von einem Inländer oder einem Ausländer im Auslande begangen wurde, und ob der Gegenstand des Verbrechens der diesseitige Staat war oder nicht.

a. Die oben aufgestellte Regel ist bisher am entschiedensten angefochten worden in Betreff der von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen, bei deren Betrachtung wir also zunächst die am heimathlichen Staate selbst begangenen ausscheiden.

Der Staat hat nun unzweifelhaft jedem fremden Staate gegenüber die Pflicht auch in Bezug auf seine eigene Unterthanen dessen Recht anzuerkennen: jedes innerhalb seines Staatsgebietes begangene Verbrechen nach seinen Gesetzen zu strafen, wenn die fragliche Handlung gegen diese verstieß. Wollte der Staat z. B. in Betreff seiner Unterthanen eine ausschließliche Anwendbarkeit der eigenen Strafgesetze auch für die im Aus-

lande begangenen Verbrechen in Anspruch nehmen, so würde er damit völkerrechtswidrig die souveräne Selbständigkeit des fremden Staates antasten. Dieses Bedenken scheint dagegen wegzufallen, wenn nur eine subsidiäre Anwendbarkeit der inländischen Strafgesetze, gleichviel ob für den Inländer oder auch vielleicht Ausländer, für den Fall behauptet wird, daß der fremde Staat von der ihm zustehenden und zuerkannten Strafgewalt keinen Gebrauch machte. Aber selbst in dieser Beschränkung kann die Anwendbarkeit des inländischen Strafgesetzes nicht zugegeben werden. Das Recht des Staates reicht nicht weiter als seine Pflicht innerhalb seiner berechtigten Machtsphäre das Recht zu schützen und die Gerechtigkeit zu handhaben, wogegen in der Bestrafung des im Auslande begangenen Verbrechens der Staat nicht mehr als die territorial begrenzte Macht des Rechtes erscheint, sondern in unzulässiger, das gleiche Recht anderer Staaten kränkender, Weise sich als eine universelle Macht darzustellen versucht. Diesem Einwande könnte man, wie meist geschieht, zu begegnen suchen, indem man nur für Inländer wegen der im Auslande begangenen Verbrechen die Verbindlichkeit der inländischen Strafgesetze aus dem Grunde behauptet, daß in Betreff ihrer diese Verbindlichkeit von dem Orte des Aufenthaltes unabhängig sei, denn in solcher Weise würde der Staat allerdings anderen Staaten gegenüber feste Grenzen seiner Macht anerkennen, wenn auch diese dann nicht mehr bloß territoriale, sondern zugleich durch die Personen bestimmte sind. Wäre dieser letztere Grundsatz richtig, dann würde die Consequenz fordern dem fremden Staate das Recht abzusprechen, nach seinen Gesetzen den diesseitigen Unterthan zu strafen, da dieser, das heimathliche Recht überall mit sich tragend, sich überall nur in der Rechtssphäre des heimathlichen Staates, nie in der des fremden bewegen würde, eine Consequenz die das germanische Alterthum nicht scheute, die man aber heut der anerkannten Territorialität des positiven Rechtes gegenüber nicht zu ziehen wagt. Ist es zwar richtig, daß das Pflichtverhältniß des Inländers zum Staate durch den Aufenthalt im Auslande nicht gelöst wird, so ist doch nur das staatsbürgerliche Pflichtverhältniß ein von der persönlichen Qualität des Staatsbürgers unlösbares. Die Pflicht, das Strafgesetz nicht zu übertreten, ist dagegen nicht eine staatsbürgerliche, sondern menschliche, und, abgesehen von den Verbrechen, welche die besonderen staatsbürgerlichen Pflichten zum Gegenstande haben, und darum nur von dem grade in diesem Pflichtverhältniß stehenden Staatsbürger begangen werden können, kommt der Verbrecher nie als Staatsbürger, sondern als der innerhalb der Rechtssphäre des Staates frei handelnde Mensch in Betracht, worin zugleich allein das Recht des Staates ohne

Rücksicht auf die staatsbürgerliche Qualität auch den Ausländer für das im Inlande begangene Verbrechen zu strafen, begründet ist. Wenn man die für den Inländer auch im Auslande fortdauernde Verbindlichkeit der heimathlichen Strafgesetze dadurch begründen will, daß man sich auf den Schutz beruft, welchen der Staat seinen Unterthanen auch im Auslande gewährt, so übersieht man hierbei, daß dieser Schutz kein strafrechtlicher ist, welcher allein von dem Staate, in dessen Gebiet sich der Inländer aufhält, gewährt wird, wogegen der Schutz des heimathlichen Staates sich nur auf die völkerrechtliche Vertretung des Inländers der fremden Staatsgewalt gegenüber bezieht, falls diese ihrer Pflicht nicht genügen und dem diesseitigen Unterthan den ihm gebührenden Rechtsschutz nicht gewähren sollte. Beruht also, wie man meint, die Verbindlichkeit der Strafgesetze auf dem strafrechtlichen Schutze, den sie gewähren, so folgt daraus gerade umgekehrt, daß für den Inländer die inländischen Strafgesetze nicht mehr verbindlich sind, so wie er das Staatsgebiet verläßt, da hiermit auch der Schutz aufhört, den sie ihm gewährten.

Der obige von den Vertretern des strengen Territorialitätsprincipes von jeher aufgestellte Grundsatz, daß das im Auslande begangene Verbrechen einer Beurtheilung nach den inländischen Strafgesetzen nicht unterliege, hat nun freilich, obwohl er eigentlich eine genügende Widerlegung bisher nicht gefunden hat, doch auch nie sich einer allgemeineren Zustimmung der Gesetzgebung, der Doctrin und Praxis zu erfreuen gehabt. Hat man sich mehr und mehr dahin geneigt, ihn für Ausländer gelten zu lassen, so widerstrebten seiner Anerkennung in Betreff des Inländers die mannigfachsten Interessen, deren Bedeutsamkeit wohl zugegeben werden muß, und deren nähere Berücksichtigung das obwaltende rechtliche Verhältniß aufzuklären sehr geeignet ist. Der Grundsatz, daß der Inländer, welcher im Auslande ein Verbrechen beging, straflos ausgehen müsse, weil er sich der Strafgewalt des fremden Staates durch die Rückkehr in die Heimath thatsächlich entzog und weil er im Sinne der inländischen Gesetzgebung kein Verbrechen begangen habe, wird nothwendig stets Anstoß erregen, weil er dem Staate zumuthet, die unzweifelhaft verbrecherische That eines Inländers unbeachtet zu lassen und einem Verbrecher gegen die Verfolgung der berechtigten Strafgewalt des fremden Staates Schutz zu gewähren. Das wesentliche und berechtigte Interesse des Staates bei der Handhabung der Strafrechtspflege ist aber nicht bloß dies: das positive Gesetz, sondern vielmehr die Gerechtigkeit gegen die verbrecherische Willkür zu schützen, d. h. nicht das positive Gesetz und dessen Unverletzlichkeit ist der letzte und wahre Zweck der Strafgesetzgebung, sondern es ist das Gesetz, in welchem das

Recht ein historisch bestimmtes Dasein gewinnen soll, nur das Mittel für die Verwirklichung des Rechtes. Es ist darum eine ganz naturgemäße Anschauung, wenn das Volk rücksichtlich des begangenen Verbrechens nie nach dem Artikel des Strafgesetzbuches fragt, welcher verletzt wurde, sondern ohne Rücksicht auf diesen das Verbrechen als Bruch der Gerechtigkeit betrachtet und Strafe fordert, nicht damit dem Artikel des Gesetzbuches, sondern der Gerechtigkeit Genüge geschehe. Der sittliche Schaden, der für die Gesellschaft daraus erwächst, daß der Verbrecher straflos bleibt, ist immer derselbige, mag der Grund der Straflosigkeit in der Ohnmacht der Strafgewalt, in der Unvollkommenheit des Gesetzes, das die nach der Rechtsanschauung des Volkes verbrecherische That nicht als solche gelten läßt, in einem Mißbrauche des Begnadigungsrechtes oder darin liegen, daß das Strafgesetz im einzelnen Falle für den Verbrecher keine verbindliche Kraft hat. Dem berechtigten Interesse des Staates gegenüber solchen Schaden von sich und seinen Bürgern abzuwenden, erscheint es darum als leere Spitzfindigkeit, wenn man behauptet, dieser Mensch sei zwar in Frankreich ein schwerer Verbrecher, in Preußen dagegen nicht, sondern müsse hier als ein durchaus redlicher und rechtlicher Mensch behandelt werden. So richtig also der Grundsatz ist, daß eben so sehr für den Ausländer wie den Inländer in Betreff des im Auslande begangenen Verbrechens das inländische Strafgesetz keine Verbindlichkeit habe, so kann er doch allein nicht genügen, sondern es kommt weiter darauf an die Frage zu beantworten, wie der Staat den rechtlichen Schaden von sich abwenden könne, der darin liegt, daß er einem Menschen seinen Rechtsschutz gewähren soll, welcher hier wie dort wo er das Verbrechen beging und überall ein Verbrecher ist und bleibt. In Betreff des Ausländers bietet diese Frage keine Schwierigkeit dar, denn hat der Staat kein Recht ihn nach seinen Gesetzen zu strafen, so hat er doch auch keine Pflicht ihm den Aufenthalt innerhalb seiner Grenzen zu gestatten, und kann ihn darum entweder einfach ausweisen oder wohl auch an die zur Bestrafung berechtigte Staatsgewalt ausliefern. Dagegen hat in Betreff des Inländers der Staat weder das Recht ihn für das im Auslande begangene Verbrechen nach seinen Gesetzen zu bestrafen, noch auch das Recht sich seiner einfach durch Landesverweisung zu entäußern. Hier bleibt nach der Strenge des positiven Rechtes und des rechtlichen Verhältnisses der verschiedenen Territorial-Gesetzgebungen zu einander allerdings nur der eine Ausweg übrig, daß nämlich der Staat den Inländer an die zur Bestrafung berechtigte Staatsgewalt ausliefere, um ihn nach erlittener Strafe wiederum bei sich aufzunehmen. Ein rechtliches Hinderniß steht jedenfalls solchem Verfahren nicht entgegen. Hat

kein Staat dem andern gegenüber die Pflicht zur Auslieferung eines Unterthanen, wenn sie nicht etwa vertragsmäßig begründet ist, schon aus dem Grunde, weil er überhaupt nicht verpflichtet ist, dem fremden Staate zu irgend einer Thätigkeit des innern Staatslebens Hilfe zu leisten, so ist er doch jedenfalls berechtigt, diesen in der Ausübung seiner Hoheitsrechte zu fördern. Dem Ausgelieferten, welcher in Folge der Auslieferung die von ihm verwirkte gesetzliche Strafe erleidet und dem seine Heimathsberechtigung vorbehalten bleibt, geschieht damit eben so wenig ein Unrecht. Dagegen stehen einem solchen Verfahren unter den jetzt gegebenen Verhältnissen practische Schwierigkeiten entgegen. Zunächst hängt es von dem Belieben der auswärtigen Staatsgewalt ab, ob sie den Ausgelieferten zum Zwecke der Bestrafung annehmen will. Wenn ferner zwar der Inländer unzweifelhaft die Strafe verwirkt hat, welche das am Orte des begangenen Verbrechens bestehende Strafgesetz drohte, und der Staat darum nicht das Recht haben kann gegen diese von der berechtigten Staatsgewalt verhängte Strafe Einspruch zu erheben, so kommt doch in Betracht, daß sehr häufig diese Strafe eine andere als die im gleichen Falle nach der inländischen Strafgesetzgebung verwirkte und darum vom Standpunkte des diesseitigen Staates aus nicht die gerechte sein wird. Wenn also der Staat im Interesse der Gerechtigkeit die Bestrafung des Inländers wünscht, welchen er selbst nach der Strenge des positiven Rechtes nicht strafen kann, so würde es ein Widerspruch sein, wenn er gleichzeitig mitwirken wollte, den Inländer einer Strafe auszusetzen, die er zwar als gesetzlich begründet, nicht aber als gerecht anerkennen kann. Es kommt hinzu, daß gegenwärtig in den europäischen Staaten das Bewußtsein der souveränen Selbständigkeit noch so sehr das Bewußtsein Glieder einer höhern völkerrechtlichen Einheit zu sein überwiegt, daß die Staatsehre es nicht wohl zulassen wird, für die Bestrafung des eigenen Unterthanen eine fremde Staatsgewalt in Anspruch zu nehmen. So bleibt unter den gegebenen Verhältnissen allerdings nur übrig, daß der Staat den Inländer auch für das im Auslande begangene Verbrechen selbst strafe, und es ist anzuerkennen, daß dies im Dienste der Gerechtigkeit und darum geschieht, weil ein thatsächlich unlösbarer Conflict des Rechtes und des positiven Gesetzes vorliegt, der am allerwenigsten dadurch gelöst wird, daß nach der Forderung des strengen Territorialitätsprincipes das Verbrechen straflos bleibt und nicht bloß das verletzte Gesetz des Auslandes, sondern auch die gebrochene Gerechtigkeit ungesühnt bleibt. Die Bestrafung des Inländers für das im Auslande begangene Verbrechen ist darum eine unter den obwaltenden Verhältnissen durch die Gesetzgebungspolitik gebotene Nothwendigkeit, und

soll diese Bestrafung juristisch gerechtfertigt werden, so kann es nur geschehen, indem man sie als eine, in Vertretung des zur Bestrafung eigentlich allein berechtigten Staates geübte, bezeichnet. Daß es sich um eine solche Vertretung handelt, würde sich noch klarer herausstellen, wenn in solchem Falle nicht das inländische, sondern ausländische am Orte des begangenen Verbrechens geltende Strafgesetz angewandt würde. Abgesehen davon, daß es practisch unausführbar ist, neben der inländischen in solcher Art alle möglichen ausländischen Strafgesetzgebungen zur Anwendung zu bringen, kann aber auch der Staat, wenn er überhaupt straft, nur die ihm gerecht erscheinende d. h. allein die in der eigenen Strafgesetzgebung festgestellte Strafe verhängen, und dem fremden Strafgesetz kann nur insofern ein Einfluß gestattet werden, als auch im Inlande jede Strafe wegfallen muß, wenn die fragliche Handlung im Auslande, wo sie vorgenommen wurde, durch das Gesetz nicht verboten ist.

b. Das Territorialitätsprincip findet keine Anwendung auf die von Inländern im Auslande am heimathlichen Staat begangenen Verbrechen. Der Inländer steht nämlich zum Staate nicht bloß in dem Verhältniß eine im Inlande lebende Privatperson zu sein, welche ebenso wie der Ausländer vermöge ihres Aufenthaltes im Staatsgebiete den hier bestehenden Strafgesetzen unterworfen ist, sondern er steht zugleich in einem persönlichen an seiner staatsbürgerlichen Qualität haftenden und darum vom Aufenthaltsorte unabhängigen Pflichtverhältnisse. Hat also der Inländer gleich dem im Inlande lebenden Ausländer die Verpflichtung, den Gesetzen des Staates Gehorsam zu leisten, so kommt für ihn noch die weitere, dem Ausländer nicht obliegende, Pflicht zur Treue gegen den Staat hinzu. Die Treue als die dem sittlichen Verhältnisse des Individuums zum Vaterlande, Volke, Staate entsprechende sittliche Pflicht läßt sich darum nicht als abstracte Rechtspflicht juristisch formuliren und hat ihren eigenthümlichen Werth nur dann, wenn ihr aus freier Selbstbestimmung, nicht vermöge rechtlichen Zwanges, genügt wird. Gleichwohl hat die Treue, wenn auch dadurch ihr Wesen bei weitem nicht erschöpft wird, zugleich einen legalen Gehalt, welcher nöthigenfalls zwangsweise gegen die widerstrebende Willkür geltend gemacht werden muß. Er umfaßt einerseits die Verpflichtung zu einzelnen, rechtlich bestimmten, dem Staate zu gewährenden Leistungen, andrerseits die Verpflichtung, die Treue nicht durch bestimmte rechtsverletzende Handlungen zu brechen. Insofern also der Staat ebenso wie die Privatperson ein unter dem Schutze des Gesetzes stehendes mögliches Object des Verbrechens ist, stehen sich Inländer und Ausländer darin gleich, daß sie für das am Staate begangene Verbrechen bestraft

werden, wenn es im Inlande begangen wurde und damit für sie die Verbindlichkeit des hier geltenden Strafgesetzes begründet war; dagegen unterscheidet sich der Inländer vom Ausländer dadurch, daß in Betreff seiner ein solches Verbrechen sich zugleich als Treubruch darstellt, dessen Bestrafung nach den heimathlichen Gesetzen eben so wenig durch den Ort des begangenen Verbrechens, wie die Treue durch den Aufenthaltsort bedingt wird. Welche verbrecherische Handlungen es sind, durch welche der Staatsbürger die Treue am Staat bricht und für welche darum, auch wenn sie im Auslande begangen wurden, die heimathlichen Strafgesetze ihre Anwendbarkeit bewahren, ist durch die Gesetzgebung näher festzustellen.

c. Für den Ausländer haben in Betreff der im Auslande begangenen Verbrechen, gleichviel welches das Object des Verbrechens war, die inländischen Strafgesetze keine Verbindlichkeit. Der Staat hat kein Recht derartige Verbrechen zu strafen, weil ihnen in Bezug auf seine Strafgesetzgebung der Character der Gesetzwidrigkeit fehlt, und er hat ebenso weder die Pflicht noch das Recht durch besondere gesetzliche Bestimmungen dafür zu sorgen, daß auch solche Verbrechen im Inlande als gesetzwidrig erscheinen, um sie strafen zu können. Es würde dies über sein Recht und seine Pflicht nur innerhalb seiner Grenzen das Recht als die herrschende Macht gegen das Unrecht aufrecht zu halten hinausgehen, und es ist überdies vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik aus kein Bedürfniß für ein solches Verfahren vorhanden. Es ist dadurch, daß für die im Auslande begangenen Verbrechen die Wirksamkeit der Strafgesetzgebung des Auslandes rechtlich begründet ist, für deren Bestrafung genügend gesorgt, und sollte der Staat sich in seinen rechtlichen Interessen dadurch verletzt oder gefährdet erachten, daß er dem im Inlande sich aufhaltenden unbestraften ausländischen Verbrecher den Schutz seiner Gesetze gewähren soll, so steht ihm das einfache Rechtsmittel zu Gebote einen solchen Verbrecher aus seinem Gebiete auszuweisen, oder durch Auslieferung an die berechtigte Strafgewalt unmittelbar zu seiner Bestrafung mitzuwirken.

Aber gerade die Rücksicht auf das practische Bedürfniß ist es gewesen, welche die Gesetzgebung wie die Doctrin immer von neuem veranlaßt hat von der angegebenen Regel abzuweichen. Wenn aber wirklich ein Bedürfniß vorhanden ist eine Ausnahme von der Regel zuzulassen, so kommt es darauf an sich dessen bewußt zu werden, daß es sich um eine solche Ausnahme handelt, während das bisherige Streben die Ausnahme selbst als Regel zu rechtfertigen, nothwendig ein resultatloses bleiben wird. Hat man wohl allenfalls zugegeben, daß für die Bestrafung des im Auslande vom Ausländer an einer Privatperson begangenen Verbrechens kein Be-

dürfniß vorhanden sei, und daß ebenso das vom Ausländer im Auslande am fremden Staate begangene Verbrechen die rechtlichen Interessen des Inlandes nicht berühre, so wurde doch immer die Bestrafung des vom Ausländer im Auslande am diesseitigen Staate begangenen Verbrechens als ein unabweisbares Bedürfniß erachtet. Der Grund davon liegt darin, daß die Vertheidiger des strengen Territorialitätsprincipes dem Staate zumuthen eine derartige Verletzung, weil sie weder den Gesetzen des verletzten Staates, noch denen des Staates, in dessen Gebiet sie begangen wurde, widerspreche, als eine in keiner Beziehung gesetzwidrige und strafbare anzusehen. Wenn man berücksichtigt, daß der Thäter, indem er die That begeht, der Macht des verletzten Staates entrückt ist, und daß dieser nicht einmal in der Lage ist Nothwehr zu üben, daß ferner der Thäter nach begangener That im Gebiete des verletzten Staates zwar der Macht desselben untergeordnet, aber für die Strafgewalt des Staates unantastbar sein soll, weil er die That im Auslande beging, so ist jene Zumuthung keine geringere als die, daß der Staat allen solchen Verletzungen gegenüber sich selbst als völlig recht- und friedlos anerkennen soll. Es versteht sich von selbst, daß der Staat einer solchen Forderung sich nicht fügen wird, und von Rechtswegen nicht fügen kann, denn es widerstreitet der Natur des Staates überhaupt wie der des modernen Staates und seiner Stellung im europäischen Staatensysteme insbesondere, wenn der Staat ein Verhältniß als bestehend und für geltend anerkennen soll, das sich der Herrschaft des Rechtes absolut entzieht. Welches die richtige in der völkerrechtlichen Stellung der europäischen Staaten wesentlich begründete Lösung dieser Schwierigkeit sei, ist oben in Betreff der im Inlande begangenen Verbrechen bereits erörtert worden.

Die europäischen Staaten haben durch entsprechende strafrechtliche Bestimmungen ihrer Pflicht zu genügen und sich gegenseitig strafrechtlichen Schutz gegen alle innerhalb ihres Staatsgebietes begangenen verbrecherischen Angriffe auf das Ausland zu gewähren. Es ist damit nicht bloß dem unabweislichen Bedürfnisse des Staates solchen Angriffen nicht schutzlos Preis gegeben zu sein in einer der völkerrechtlichen Beziehung der Staaten entsprechenden Weise genügt, sondern es ist auch allein in solcher Weise dem Interesse der Gerechtigkeit in Betreff des Verbrechers selbst genügt. Wie die Erfahrung lehrt wird der Staat, so lange ihm dieser geforderte Schutz vom Auslande versagt wird, nicht umhin können sich ihn selbst zu verschaffen, wobei es nicht fehlen wird, daß der verletzte Staat, wenn er selbst straft, das gerechte Maß der Strafe überschreitet, denn eine solche Ueberschreitung findet unzweifelhaft statt, wenn ein solches vom Ausländer

im Auslande begangene Verbrechen ebenso wie das vom Inländer begangene bestraft wird. Muß die That freilich in beiden Fällen als wirkliches Verbrechen angesehen werden, so fehlt ihr doch, wenn sie vom Ausländer begangen wurde, das Moment durch das sie sich bei dem Inländer characterisirt, das des Treubruches, das nothwendig in der Verschiedenheit des Strafmaßes seine Berücksichtigung finden muß. Wie bekannt sind nun aber die meisten europäischen Staaten weit davon entfernt allen Staaten des europäischen Staatensystemes, mit denen sie in völkerrechtlichem Verkehre stehen, durch ihre Gesetzgebung den geforderten strafrechtlichen Schutz zu verleihen, und damit wird der Staat freilich in die Lage versetzt, entweder sich selbst und also das Recht, das er innerhalb seiner Machtsphäre zu schützen nicht bloß befugt, sondern verpflichtet ist, schutzlos der verbrecherischen Willkür des Ausländers Preis zu geben, oder sich selbst ein Strafrecht über einen solchen Verbrecher beizulegen. Welche Wahl, unter Voraussetzung derartiger Verhältnisse, die freilich als die normalen nicht gelten können, der Staat im Interesse der Gerechtigkeit zu treffen hat, kann nicht zweifelhaft sein. Wenn der Staat das Recht beansprucht das an ihm vom Ausländer im Auslande begangene Verbrechen zu strafen, so liegt der Rechtsgrund dafür darin, daß er sich, nicht dem Verbrecher wohl aber der Staatsgewalt gegenüber, welche ihrer völkerrechtlichen Pflicht, ein solches Verbrechen mit Strafe zu belegen und zu bestrafen, nicht genügt, im Zustande der Nothwehr befindet, und darum diese in dem eigentlich nur ihr zustehenden Strafrechte verletzt, weil sie die Straflosigkeit der an ihm geschehenen Rechtsverletzung durch den pflichtwidrigen Nichtgebrauch ihres Rechtes verschuldete. Dem Verbrecher gegenüber stellt sich die Strafgewalt des verletzten Staates als eine ausnahmsweise in Vertretung des eigentlich zu ihrer Handhabung berechtigten Staates geübte dar, wogegen sie nicht füglich als ein sogenanntes natürliches Strafrecht gerechtfertigt werden kann. Stünden der Verbrecher und der verletzte Staat zu einander wirklich in einem Verhältniß, das sich als ein Naturzustand bezeichnen ließe, so könnte, da es im Naturzustande an jeder rechtlichen Vereinigung der nur mit ihrer schrankenlosen Willkür sich gegenüber stehenden Individuen fehlt, von einem Strafrecht überhaupt nicht, sondern nur von Nothwehr und Rache die Rede sein. Aber gerade darauf kommt es an, daß auch in solchem Falle der strafende Staat sich durchaus fern davon halte, dem Verbrecher nicht als die strafende Gerechtigkeit, sondern als der Verletzte entgegenzutreten. Namentlich also wird er sich rücksichtlich der gesetzlichen Feststellung des Strafmaßes davor zu hüten haben, daß er nicht das Interesse der Gerechtigkeit durch sein individuelles Interesse verletze, zu

welchem Zwecke er sich nothwendig auf den Standpunkt des eigentlich zur Bestrafung berufenen Staates zu versetzen hat, was um so leichter geschehen kann, wenn seine eigene Gesetzgebung ihm die Norm dadurch an die Hand giebt, daß sie Strafbestimmungen für die im Inlande an fremden Staaten begangenen Verbrechen enthält.

Anmerk. 3. Unter Berücksichtigung der erörterten aus der Natur der Sache sich ergebenden Grundsätze, wird man zugeben müssen, daß das preußische Strafgesetzbuch die Frage nach den räumlichen Grenzen der Wirksamkeit des Strafgesetzes im Ganzen durchaus angemessen beantwortet hat.

Daß in der unter 1. und 2. des §. 4. genannten Fällen durch eine im Auslande bereits erfolgte Freisprechung oder Bestrafung die strafrechtliche Verfolgung in Preußen nicht ausgeschlossen ist, ergiebt sich aus den früheren Entwürfen des Strafgesetzbuches und den Motiven zum Entwurfe von 1850 [32]). War in den früheren Entwürfen jener Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen, so blieb er zwar im Entwurfe von 1850 und im Strafgesetzbuche weg, wurde aber als fortgeltend betrachtet und auch durch die Bestimmung unter 3. genügend bezeichnet. Ist aber in allen Fällen die strafrechtliche Verfolgung der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen dem Ermessen der Staatsanwaltschaft überlassen [33]), so wird, neben anderen Rücksichten der Zweckmäßigkeit, doch jedenfalls auch das Interesse der Gerechtigkeit die leitende Norm für dieses Ermessen sein müssen, weshalb es darauf ankommen muß, für jene Fälle sich die Forderungen der Gerechtigkeit zu vergegenwärtigen. Die strafrechtliche Verfolgung der unter 1. und 2. im §. 4. genannten Handlungen ist eine Ausnahme von der vorangestellten Regel, welche auf der Voraussetzung beruht, daß die Gesetze und Gerichte des Auslandes dem preußischen Staate keinen genügenden Schutz gegen verbrecherische Angriffe gewähren. Die ausnahmsweise Anmaßung einer solchen Strafgewalt wird nach dem Früheren denjenigen Staaten gegenüber ganz unbedenklich erscheinen, deren Gesetzgebung die betreffenden Handlungen überhaupt nicht mit Strafe bedroht, und welche darum eine strafrechtliche Verfolgung derselben gar nicht eintreten lassen. Sind dagegen jene Handlungen im Auslande mit Strafe bedroht, so fragt es sich, ob der Preußen dadurch gewährte Schutz für genügend zu erachten sei? In dieser Beziehung wird es zunächst auf die practische Handhabung der gesetzlichen Bestimmungen ankommen, und wenn einmal die

---

32) Goltdammer Mat. I. S. 57 flg.

33) Ob auch dem Ermessen des Richters vgl. Temme Glossen S. 55. N. 4. Lehrb. S. 112. Goltdammer Mat. I. S. 67. Oppenhoff zu §. 4. N. 3.

Forderung eines genügenden Schutzes als berechtigt anerkannt und gesetzlich ausgesprochen ist, dann wird man es als gerechtfertigt erachten können, wenn, zwar nicht in der Regel so doch im concreten Falle, die im Auslande erfolgte Freisprechung oder Begnadigung als ungenügend angesehen und in Preußen eine nochmalige strafrechtliche Verfolgung angeordnet wird. Wenn dagegen im Auslande nach den dortigen Gesetzen eine Bestrafung erfolgte, so wird die Beschaffenheit der gesetzlich angeordneten, zuerkannten und vollzogenen Strafe in Betracht kommen, wobei weiter zwischen dem Ausländer und dem Preußen zu unterscheiden ist. Der Ausländer, welcher im Auslande gegen Preußen eine durch die preußischen Gesetze als eine hochverrätherische oder als Majestätsbeleidigung bezeichnete Handlung begeht, steht rücksichtlich des Grades der verbrecherischen Schuld nach den oben entwickelten Grundsätzen dem Preußen durchaus nicht gleich, und es kann, wenn man nicht auf jede wirkliche d. h. gerechte Bestrafung verzichten und nur Gewalt zum Zwecke der Selbstvertheidigung üben will, das Interesse der Selbstvertheidigung das der Gerechtigkeit nicht so überwiegen, daß die im Auslande vollzogene Strafe nur darum als ungenügend erschiene, weil sie eine geringere als diejenige ist, welche den Ausländer in Preußen treffen könnte. Die Norm für eine genügende Bestrafung giebt das preußische Strafgesetzbuch selbst an die Hand durch seine Strafbestimmungen über die in Preußen gegen befreundete Staaten vorgenommenen feindlichen Handlungen, Bestimmungen die freilich einen Widerspruch gegen die des §. 4. dadurch bilden, daß sie dem Auslande einen geringern Schutz gegen die in Preußen vorkommenden feindlichen Handlungen gewähren, als ihn Preußen für sich vom Auslande in Betreff der von dorther erlittenen Angriffe beansprucht. Die Möglichkeit, diesen Widerspruch wenigstens in einzelnen Fällen auszugleichen, liegt in einer den Forderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Handhabung des §. 4. durch die Staatsanwaltschaft. Insbesondere kann die in Preußen erfolgende nochmalige, schwerere Bestrafung des Ausländers für jene im Auslande begangene Verbrechen nicht durch den, bei den Verhandlungen des vereinigten ständischen Ausschusses aufgestellten, Grundsatz gerechtfertigt werden, daß nämlich der ausländische Richter nur in Vertretung des preußischen handle, für welchen also, als dabei nicht gehört, auch nicht res iudicata vorhanden sei. Umgekehrt hat der fremde Staat die nächste Pflicht und das nächste Recht innerhalb seines Gebietes das Ausland gegen feindliche Angriffe zu schützen, und handelt kraft eigenen Rechtes, wenn er solche Angriffe straft; ein Grundsatz, den das preußische Strafgesetzbuch selbst anerkennt, indem es das Territorialitätsprincip als Regel aufstellt. Da-

gegen handelt der preußische Richter, wenigstens in Betreff des Ausländers, in solchem Falle in Vertretung des ausländischen und darum müßte auch die preußische Gesetzgebung rücksichtlich der Strafbestimmung, so wie die Staatsanwaltschaft rücksichtlich des ihr eingeräumten Ermessens, hierbei sich auf den Standpunkt des fremden Staates stellen. Wenn neben Hochverrath und Majestätsbeleidigung auch die vom Ausländer im Auslande begangenen Münzverbrechen gestellt werden, so kommt in Betracht, daß diese viel weniger gegen den Staat als solchen, als vielmehr gegen die rechtlichen Interessen der bürgerlichen Gesellschaft gerichtet sind, wie sie auch das preußische Strafgesetzbuch als solche behandelt. Darum ist in der Begehung derselben die verbrecherische Schuld des Ausländers im Wesentlichen dieselbe wie die des Inländers, und die im Auslande erfolgte Bestrafung wird nur dann als eine genügende, die nochmalige Bestrafung in Preußen nicht rechtfertigende, angesehen werden können, wenn sie wenigstens annähernd der in den preußischen Gesetzen angedrohten Strafe entspricht.

Ein Preuße, welcher im Auslande gegen Preußen eine hochverrätherische oder landesverrätherische Handlung oder eine Majestätsbeleidigung begeht, ist zwar dem am Orte der begangenen That geltenden Strafgesetze, eben so sehr aber auch dem heimathlichen unterworfen, da es sich hier um die Verletzung einer an der Person des Preußen haftenden vom Orte des Aufenthalts unabhängigen Verpflichtung handelt. In Betreff des Preußen ist deshalb nur die den preußischen Gesetzen entsprechende Bestrafung als genügend zu erachten, eine Bestrafung, die vom Auslande eben so wenig erwartet als gefordert werden darf, da der fremde Staat solche Handlungen zwar strafen kann, aber immer nur indem das sie characterisirende Moment des Treubruches unberücksichtigt bleibt [34]). Das Bedürfniß einer nochmaligen strafrechtlichen Verfolgung wird darum in diesen Fällen als die in der Natur der obwaltenden Verhältnisse begründete Regel zu erachten sein. Die Gerechtigkeit würde nur fordern, daß hierbei die im Auslande dem Thäter bereits zuerkannte und an ihm vollzogene Strafe berücksichtigt würde, so daß es hier nur darauf ankäme, das im Auslande nothwendig unbeachtet gebliebene Schuldmoment durch eine zusätzliche Strafe zu tilgen. Es ist deshalb zu bedauern, daß mit der ausdrücklichen Bestimmung der Zulässigkeit einer nochmaligen Bestrafung zugleich auch die

---

34) Jedenfalls ist es kein zur Nachahmung zu empfehlendes Beispiel, wenn die Strafgesetzbücher von Würtemberg und Hessen-Darmstadt eine im Inlande am fremden Staate begangenen Hoch- oder Landesverrath ebenso bestrafen, als wenn er am eigenen Staate begangen wäre.

Bestimmung aus dem Entwurfe von 1850 und dem Strafgesetzbuche weggelassen wurde, daß, insofern nach preußischen Gesetzen auf Freiheitsstrafe oder Geldbuße zu erkennen sei, vom Richter auf die bereits im Auslande erlittene Strafe Rücksicht genommen werden müsse, da man nicht, wie die Motive zum Entwurfe von 1850, dasjenige der Gnade überlassen soll, was sehr füglich durch gesetzliche Bestimmungen geleistet werden kann. Die vom Inländer im Auslande gegen Preußen begangenen Münzverbrechen sind dem Hochverrathe, Landesverrathe und der Majestätsbeleidigung darum hier gleichgestellt, weil man erfahrungsmäßig vom Auslande keinen genügenden Schutz gegen diese Verbrechen zu erwarten hat, während man gerade vom Standpunkte des preußischen Strafrechtes aus nicht behaupten kann, daß durch die Begehung derselben vom Preußen eine besondere staatsbürgerliche Verpflichtung verletzt würde. Darum wird in Preußen nur diejenige im Auslande vollzogene Strafe genügend erscheinen und eine nochmalige strafrechtliche Verfolgung unräthlich erscheinen lassen, die im Wesentlichen den preußischen Strafgesetzen entspricht, und welche Preußen in seinem Interesse vom Auslande eben so zu erwarten befugt ist, wie es seinerseits das Ausland gegen in Preußen begangene Münzverbrechen durch die gleichen Strafen wie sich selbst schützt.

Die in Preußen stattfindende strafrechtliche Verfolgung eines Preußen wegen eines im Auslande begangenen Verbrechens oder Vergehens[35]), beruht auf dem Grunde, daß dasselbe im Inlande nicht ungestraft bestehen bleiben dürfe, weil es dem Thäter zufällig gelungen ist, sich der berechtigten Strafgewalt des Auslandes zu entziehen. Der preußische Richter straft darum nur in Vertretung des ausländischen, und die Bestrafung wird darum hier ausgeschlossen, wenn jene Voraussetzung wegfällt, d. h. wenn die betreffende Handlung am Orte der That überhaupt nicht strafbar war, oder wenn die Schuld der strafbaren Handlung bereits getilgt ist durch ein rechtskräftiges, freisprechendes Erkenntniß, oder durch eine Verurtheilung in Verbindung mit dem Vollzuge der Strafe, oder durch Begnadigung. Ist in solchem Falle das freisprechende Urtheil des ausländischen Richters für das preußische Gericht bindend, so kann auch auf die rechtlichen Gründe des Urtheils nicht zurückgegangen werden[36]), und namentlich steht die auf materiellen Gründen beruhende Freisprechung, der auf dem formellen Grunde der bereits eingetretenen Verjährung durchaus gleich. Mit dieser dem rechtskräftigen ausländischen Urtheile zuerkannten Wirkung steht es im Wider-

35) Vgl. Entscheidungen bei Oppenhoff zu §. 4. N. 12 flg.
36) Goltdammer Materialien I. S. 65. Oppenhoff zu §. 4. N. 21.

spruche, wenn nach §. 58. bei der Strafe des Rückfalls eine frühere rechtskräftige Verurtheiluug durch ein preußisches Gericht gefordert wird, und also die durch ein ausländisches Gericht erfolgte unbeachtet bleibt. Das Motiv hierbei war das Interesse des Angeschuldigten, gegen welchen die erhöhte Strafe des Rückfalls nicht in Berücksichtigung eines Urtheils verhängt werden soll, das sich einer nähern Prüfung durch den inländischen Richter nothwendig entzieht. Die im Auslande erfolgte Verurtheilung schließt die strafrechtliche Verfolgung im Inlande nur aus, wenn die zuerkannte Strafe vollzogen wurde d. h. es ist die im Auslande zuerkannte aber nicht oder nicht vollständig vollzogene Strafe in Preußen nie vollstreckbar, sondern es setzt die Vollziehung einer Strafe stets das Urtheil eines preußischen Gerichtes voraus, insofern nicht etwa durch besondere Staatsverträge eine Ausnahme von dieser Regel begründet ist. Ausnahmsweise kann gegen einen Preußen wegen eines im Auslande bereits bestraften Verbrechens oder Vergehens eine nochmalige strafrechtliche Verfolgung stattfinden, wenn dasselbe nach preußischen Gesetzen den Verlust der bürgerlichen Ehre oder die Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit nach sich zieht. Gegen den Schuldigen sollen dann, mit Ausschluß jeder andern Strafe, die genannten Ehrenstrafen in Gemäßheit der preußischen Gesetze ausgesprochen werden, da es sich hier um Rechte handelt, die staatsbürgerlicher Natur vom fremden Staate dem preußischen Staatsbürger nicht abgesprochen werden können, und deren Ausübung im öffentlichen Interesse dem Bestraften nicht zugestanden werden darf [37]). Neben der Freisprechung der vollzogenen Strafe und der Begnadigung ist in §. 4. der Verjährung als eines die strafrechtliche Verfolgung in Preußen ausschließenden Grundes nicht gedacht. In Rücksicht darauf, daß es sich hier um eine positiv rechtliche Ausnahme, um eine Strafgewalt handelt, welche sich Preußen, abweichend von der von ihm selbst anerkannten Regel, beigelegt hat, wird man sich bei der Frage nach den rechtlichen Voraussetzungen ihrer Ausübung auch streng an die gesetzlichen Bestimmungen zu halten haben, wonach also zu folgern ist, daß die nach den Gesetzen des Auslandes bereits eingetretene Verjährung eines vom Preußen dort begangenen Verbrechens oder Vergehens die strafrechtliche Verfolgung in Preußen nicht ausschließt [38]). Dieser Folgerung steht auch nicht entgegen, daß die Bestrafung einer solchen Handlung von ihrer Strafbarkeit am Orte der begangenen That abhängig gemacht wird, denn wie die Worte des Gesetzes selbst ergeben, so

---

37) Str. G. B. §. 24. Oppenhoff zu §. 24.
38) Vgl. Entscheidungen bei Oppenhoff zu §. 4. N. 19.

ist nur die Strafbarkeit der Handlung an sich, nicht aber die Frage, ob eine solche an sich strafbare Handlung im concreten Falle gestraft werden könne, nach den ausländischen Gesetzen zu beurtheilen. Soweit also das Gesetz nichts anderes verfügt, werden die Gründe, welche im besondern Falle die Schuld und die Strafbarkeit tilgen, nur nach preußischen Gesetzen zu beurtheilen sein. Nach dem Grundsatze, daß in Preußen, soweit eine Ausnahme nicht ausdrücklich rechtlich begründet ist, immer nur das preußische Gesetz zur Anwendung kommt, ist also auch die Wirkung der im Auslande erfolgten absolutio ab instantia, sowie der etwa verhängten und vollzogenen außerordentlichen Strafe, im Sinne einer auf nicht vollständigem Beweise beruhenden, nach preußischen Gesetzen zu beurtheilen, d. h. die erstere, da sie keine wirkliche Freisprechung ist, schließt in Preußen die strafrechtliche Verfolgung nicht aus, wohl aber die außerordentliche Strafe, da sie eine durch richterliches Urtheil zuerkannte und vollzogene ist und der preußische Richter zur nochmaligen Prüfung ihrer Gründe nicht berechtigt ist [39]).

Die Frage, ob ein Verbrechen als im Inlande oder im Auslande begangen zu betrachten sei, falls die verbrecherische Thätigkeit in beiden Staatsgebieten stattgefunden hat, oder falls die verbrecherische Thätigkeit in dem einen Staatsgebiete stattfand, die rechtsverletzende Wirkung in dem andern eintrat, ist, rücksichtlich der Frage, welches Gericht als das forum delicti commissi zu betrachten sei, schon seit der Zeit der italienischen Criminalisten vielfach erörtert worden. Als entscheidend ist in dieser Beziehung der Grundsatz voranzustellen, daß das Verbrechen an dem Orte begangen ist, an welchem die Rechtsverletzung stattfand, da die Thätigkeit nicht an sich, sondern nur als die freie Ursache des rechtsverletzenden Erfolges gesetzwidrig und strafbar ist [40]). Insoweit es also thatsächlich möglich ist durch eine vom Auslande her stattfindende Wirksamkeit im Inlande eine Rechtsverletzung hervorzubringen, wird auch der im Auslande befindliche und handelnde Thäter nach den Grundsätzen des Territorialitätsprincipes unbedingt den inländischen Strafgesetzen unterworfen sein. Hieraus ergeben sich für das preußische Strafrecht folgende Grundsätze: 1) Eine auf preußischem Staatsgebiete stattgehabte Thätigkeit kann hier nach preußischen Gesetzen als ein Verbrechen oder Vergehen nicht bestraft werden,

---

39) Es ist nicht wohl einzusehen, warum in diesen Fragen, wie Goltdammer Materialien I. S. 69 will, das gemeine Recht entscheiden soll.

40) Temme Lehrb. S. 116 entscheidet sich für die entgegengesetzte Ansicht. Dagegen die richtige Ansicht in dem Urtheil des Obertribunals wider Krause in Goltdammers A. IV. S. 572. und wider Schlesinger ebend. S. 832.

wenn diese Thätigkeit ihre Wirkung nicht hier, sondern im Auslande äußerte, und nach den dortigen Gesetzen nicht strafbar ist. 2) Ein Preuße, welcher in Preußen für Herbeiführung eines, hier als Verbrechen oder Vergehen strafbaren, Erfolges thätig ist, den Erfolg selbst aber erst durch eine im Auslande fortgesetzte Thätigkeit dort herbeiführt, wo er nicht strafbar ist, kann in Preußen nicht gestraft werden. Insofern in solchem Falle die in Preußen stattgehabte Thätigkeit nicht bereits an sich den Thatbestand eines vollendeten Verbrechens oder Vergehens ergiebt, kann er namentlich auch nicht wegen Versuches bestraft werden, da der Versuch einer Handlung, welche vollendet als eine rechtlich erlaubte erscheint, nicht strafbar sein kann. In Beziehung auf eine solche Handlung können darum auch Theilnehmer, welche ihre Thätigkeit lediglich in Preußen entwickelten, hier nicht strafbar sein. 3) Wurden bei Begehung eines sogenannten fortgesetzten Verbrechens die einzelnen verbrecherischen Handlungen theils im Inlande, theils im Auslande verübt, so ist ein solches Verbrechen oder Vergehen zwar in Preußen strafbar, weil jede einzelne Handlung den Thatbestand des vollendeten Verbrechens enthält, aber es bleiben bei der Strafzumessung die im Auslande begangenen dort nicht strafbaren Handlungen außer Betracht. In gleicher Weise bleiben die im Auslande verübten dort straflosen Handlungen außer Betracht, wenn zum Thatbestande des Verbrechens selbst eine sich mehrfach wiederholende rechtsverletzende Thätigkeit erfordert wird, so daß in Preußen eine Bestrafung überhaupt nur stattfinden kann, wenn die im diesseitigen Staatsgebiete vorgenommenen Handlungen zur Feststellung des Thatbestandes genügen [41]).

Daß nach den bekannten völkerrechtlichen Grundsätzen auch ein Verbrechen, das auf einem auf offener See befindlichen preußischen Schiffe begangen wurde, als ein im Inlande begangenes zu betrachten sei, ist nicht zweifelhaft [42]).

VI. Die Ausschließlichkeit der Strafgewalt des Staates.

§. 16. Aus dem Verhältnisse des Verbrechens zum positiven Rechte, wonach es sich als gesetzwidrige Handlung bestimmt, ergiebt sich ferner, daß das Verbrechen auch nur durch eine vom Staate ausgehende Reaction aufgehoben werden kann. Nur im

---

41) Goltdammer Materialien I. S. 71.
42) Vgl. den Aufsatz in Goltdammers A. III. S. 651.

Staate und durch den Staat gestaltet sich das Recht zum positiven Rechte, zum Gesetze. Das Wesen des positiven Rechtes beschränkt sich aber keineswegs darauf der zeit- und volksgemäße Ausdruck der Rechtsidee zu sein, sondern fordert eben so sehr, daß das Recht aufhört nur eine an den Willen sich richtende Forderung zu sein, und sich zur Macht über den subjectiven Willen erhebe. Das Recht wird also im Staate positiv nicht bloß dadurch, daß es eine endliche geschichtliche Form gewinnt, sondern zugleich auch dadurch, daß es sich in der Staatsgewalt zur Macht und Herrschaft gestaltet. Es liegt im begrifflichen Wesen des Staates die Macht des Rechtes zu sein, und darum diese Macht allein und ausschließlich zu üben. Weil in dem endlichen, socialen Leben der Menschen Recht und Macht, im Widerspruche zur Idee des Rechtes, vielfach auseinander fallen, ist der Staat die endliche Institution, in welcher Recht und Macht eins sein, das Recht sich als mächtiges, die Macht als rechtliche darstellen soll. Die Privatperson hat im Staate Rechte, Berechtigungen und damit die Macht diese Berechtigungen, nicht aber das Recht, die Herrschaft des Rechtes über den Willen Anderer, auszuüben. Wo es sich also um die Zuständigkeit einer Berechtigung, wo es sich darum handelt die durch das Verbrechen gebrochene Herrschaft des Rechtes herzustellen, da ist allein der Staat, mit Ausschluß jeder Eigenmächtigkeit Seitens der Privatperson, zur Ausübung seiner Macht berechtigt. Die Racheübung, auch abgesehen von der möglichen Gefahr, daß das Maß gerechter Vergeltung überschritten werde, ist darum unrecht, weil sie der subjectiven Willkür des Verbrechers nur den subjectiven Willen des Verletzten entgegenstellt, der, selbst wenn er das Recht zum Zwecke hat, niemals die Macht und Herrschaft des Rechtes zu bethätigen vermag. Jeder Act der Racheübung ist demnach an sich selbst ein verbrecherischer und strafbarer, und auf gleicher Stufe steht jeder andere Act der Selbsthilfe, durch welchen, wie z. B. durch Verhaftung des Verbrechers, eigenmächtige Haussuchung, in beschränkterer Weise Seitens der Privatperson in die dem Staate, vermöge seiner ausschließlichen Berechtigung zur Rechtspflege, zustehenden Befugnisse eingegriffen wird.

Anmerk. 1. Bei der Frage nach der rechtlichen Bedeutung des Verbotes der Selbsthilfe, muß man sich zunächst über die Bedeutung des Wortes selbst klar sein. Von Selbsthilfe kann freilich in jedem Falle die Rede sein, in welchem Jemand ohne fremden Beistand seinen Zweck selbstthätig vollzieht. Eine juristische Bedeutung aber gewinnt die Selbsthilfe allein dann, wenn sie im Gegensatze zu der im gegebenen Falle ausschließlich vom Staate zu gewährenden Hilfe, und darum als eine eigenmächtige Umgehung dieser aufgefaßt wird. In diesem Sinne ist also freilich alle Selbsthilfe rechtswidrig und verboten, und ist in Deutschland stets verboten gewesen, da zu keiner Zeit der Privatperson das Recht zustand, eigenmächtig eine ausschließliche Berechtigung des Staates und Gerichtes zu üben, nur daß freilich früherhin der Staat sein Recht zur Ausübung der Gerichts- und Polizeigewalt viel enger begrenzte als in der Gegenwart [1]). Die ihr zustehende Berechtigung auszuüben hat aber die Privatperson, vermöge ihrer Willens- und Handlungsfähigkeit, die Macht, und diese ist zugleich eine berechtigte. Die Ausübung des eigenen Rechtes, wofern sie nicht in einen rechtswidrigen Eingriff in die Sphäre fremden Rechtes übergeht, darf also selbst dann nicht als Selbsthilfe aufgefaßt werden, wenn daraus Nachtheil und Schaden für Andere erwachsen sollte, weil eben diese Ausübung an und für sich von Rechtswegen der eigenen Macht des Individuums und nicht der Staatsgewalt zusteht [2]).

Im Verhältniß zu dem ausschließlichen Rechte des Staates Gerechtigkeit zu üben und die Herrschaft des Rechtes dem Unrechte gegenüber zu bethätigen, erscheint es als Ausnahme von der Regel, als erlaubte Selbsthilfe, wenn es der Privatperson im einzelnen Falle unter bestimmten Voraussetzungen gestattet ist Rache zu üben. Nur das Bewußtsein der völligen Unzulänglichkeit der eigenen Macht kann, wie es im ältern einheimischen Rechte der Fall war, die Staatsgewalt bestimmen, in solcher Weise Selbsthilfe zu gestatten. Die Gegenwart kennt eine erlaubte Selbsthilfe in der Form wirklicher Racheübung nicht mehr. Dagegen ist es nicht minder eine ausnahmsweise gestattete Selbsthilfe, wenn auch jetzt noch die Privatperson einzelne zur Strafrechtspflege gehörende und sie vorbereitende Handlungen vornehmen darf. So gestattet das preußische Strafrecht [3]) eine

---

1) Das Nähere über die Grenzen erlaubter Selbsthilfe im gemeinen Rechte siehe oben Bd. I.

2) In Betreff des unnöthigen Streites über Erlaubtheit oder Unerlaubtheit der Selbsthilfe vergl. Köstlin System S. 74, der ihn ganz richtig entschieden hat, obwohl seine weitere Folgerungen nicht als gleich richtig anerkannt werden können.

3) Strf. G. B. §. 211.

Person zu ergreifen und festzunehmen, welche bei Ausführung einer strafbaren Handlung oder gleich nach derselben betroffen oder verfolgt, die Flucht ergreift oder der Flucht dringend verdächtig ist, oder wenn in solchem Falle Grund zu der Besorgniß vorliegt, daß die Identität der Person sonst nicht festzustellen sein werde. Wenn zwar eine solche durch die Privatperson erfolgende Festnahme des Verbrechers im einzelnen Falle als ein Act der Nothwehr erscheinen kann, so ist doch jede Berücksichtigung dieser hier auszuschließen, weil augenscheinlich auch da, wo die Voraussetzungen der Nothwehr völlig mangeln, eine derartige Handlung gestattet ist. Der Grund dieser Bestimmung ist auch hier die Rücksicht darauf, daß im concreten Falle die Macht des Staates zur wirksamen Rechtsverfolgung unzureichend sein könne; gleichwohl kann darum nicht jede durch den Zweck der Sicherung des Strafverfahrens gebotene Handlung z. B. Verwundung, erlaubt erscheinen, da vielmehr die gesetzliche Anordnung, als Ausnahme von der Regel, durchaus strict zu interpretiren ist. Als eine in Vertretung des Staates geübte vorläufige Verhaftung darf sie darum auch nicht über ihren Zweck hinaus erstreckt, sondern es muß der Verhaftete so bald als möglich den betreffenden Behörden oder Beamten übergeben werden.

Anmerk. 2. Die Bestimmungen des §. 211. gründen sich auf die analogen des A. L. R. II. 20. §. 1075 flg., und sind in dieser Fassung dem Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850 §. 3. entnommen[4]). Nachdem der angegebene Fall erlaubter Selbsthilfe bereits in diesem Gesetze seine richtige Stelle gefunden hatte, wäre es vielleicht besser gewesen ihn im Strafgesetzbuche nicht zu erwähnen, oder doch nicht unter dem Titel der Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit, und auf gleicher Stufe mit anderen Fällen von Freiheitsbeschränkungen, von denen er sich durchaus unterscheidet. Wenn nämlich zugleich noch der aus Fürsorge für einen Geisteskranken nothwendigen Freiheitsbeschränkung als einer erlaubten und straflosen gedacht wird, so ist in Beziehung hierauf die Bemerkung Temme's[5]) ganz richtig, daß diese Bestimmung eine überflüssige Casuistik in Betreff der Fälle enthält, in denen die Freiheitsbeschränkung darum nicht strafbar ist, weil ein zum Thatbestande des Delicts gehörendes Moment fehlt. Unrichtig dagegen ist es, wenn dieser Vorwurf auch auf den ersten Fall des §. 211. bezogen wird, und wenn die Revision von 1845 diese Bestimmung gegen ein Monitum

---

4) Goltdammer Mat. II. S. 450. Beseler Komment. S. 399. Temme Glossen S. 264. Lehrb. S. 877. Oppenhoff zu §. 211.

5) Glossen S. 264. Vgl. Commiss. Bericht der I. Kammer S. 30.

Temme's nur dadurch vertheidigte, daß unnützen Untersuchungen da vorgebeugt werden solle, wo der Angriff auf die persönliche Freiheit ein gerechtes und löbliches Motiv hat. Das Motiv einen Geisteskranken, Betrunkenen, Gemißhandelten in seinem eigenen Interesse in den sichernden Gewahrsam zu bringen, läßt freilich die Freiheitsbeschränkung straflos erscheinen, nicht aber das Motiv die Criminalpolizei unterstützen zu wollen. Hierzu war die positive, gesetzliche Bestimmung erforderlich, und ohne sie ist trotz des Motives die von einer Privatperson vorgenommene Verhaftung strafbar, oder es wäre, wenn das löbliche Motiv Grund der Straflosigkeit sein soll, eben so jede über die Freiheitsbeschränkung hinausgehende Verletzung des Verbrechers gerechtfertigt.

VII. Die Auslegung des Strafgesetzes.

§. 17. Jedes Gesetz bedarf zum Zwecke seiner Handhabung und Anwendung der Auslegung [1]. Als Gesetz soll wirksam sein der Gedanke, welchen der Gesetzgeber in wörtlicher Fassung ausgesprochen und publizirt hat. Diesen Gedanken in seiner vollen Wahrheit zu erkennen ist die Aufgabe der Auslegung. Der Wortlaut des Gesetzes ist aber nicht bloß das nächste, sondern auch das wichtigste Mittel für die Auslegung darum, weil der in dieser bestimmten Fassung publizirte Gedanke der alleinige Gegenstand der Auslegung und darum auch die Norm für den Gebrauch anderweitiger Mittel der Auslegung ist. Gestatten es die vorhandenen Mittel der Auslegung, den Gedanken, von welchem der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes ausging, vollständig zu erweisen, so entsteht die Frage, ob dieser Gedanke seinen durchaus entsprechenden Ausdruck in den Worten des Gesetzes fand, oder nicht. Ist das Letztere der Fall, so entscheidet in diesem Conflicte des beabsichtigten Inhaltes und der Form des Gesetzes der Grundsatz, daß der Gedanke des Gesetzgebers nur so weit Gesetz geworden ist, als er in dem publizirten Wort-

1) Ueber Auslegung der Gesetze, insbesondere der Strafgesetze, vgl. im Allgemeinen Savigny System I. 206—326. Schaffrath Theorie der Auslegung constit. Gesetze 1842. Krug Grundsätze der Gesetzauslegung 1848. Jordan Auslegung der Strafgesetze 1818. Campen De interp. leg. poen. 1835. Königswärter De iur. crim. placito: null. delict. null. poena sine leg. poen. 1835. Ueber d. preuß. Srafr. Heffter in Goltdammers Arch. I. S. 25 flg.

laute desselben erkennbar ist. Ist es zwar die Aufgabe des Gesetzes in dem Sinne ein vollendetes Kunstwerk zu sein, daß sich Inhalt und Form in jeder Beziehung vollkommen decken, so kann doch das Gesetz nicht sofort um seiner unvollkommenen Form willen seine verbindliche Kraft verlieren. Vielmehr entsteht hier für die Auslegung die schwierigere Aufgabe, den Wortlaut des Gesetzes nach dem nachweisbaren Gedanken des Gesetzgebers zu corrigiren, jedoch, zufolge des angegebenen Grundsatzes, immer nur in dem Maße, als die Worte des Gesetzes selbst und sein Verhältniß zu anderen Gesetzen so wie dem gesammten Systeme der Gesetzgebung die Mittel zur Auslegung darbieten, denn nur unter dieser Voraussetzung läßt sich behaupten, daß der Gedanke des Gesetzgebers in die, wenn auch unvollkommene, Form des Gesetzes übergegangen und aus ihr erkennbar sei. Rücksichtlich der wissenschaftlichen Grundsätze, nach welchen bei der Auslegung der Gesetze zu verfahren ist, weicht das Strafrecht in keiner Beziehung von anderen rechtswissenschaftlichen Disciplinen ab [2]). Wie diese Grundsätze ihrer Natur nach wissenschaftliche sind und darum niemals Gegenstand der Gesetzgebung sein können, so hat auch das preußische Strafgesetzbuch darauf verzichtet, irgend welche die Auslegung regelnde Rechtsgrundsätze aufzustellen. Nur in den Mitteln, nicht in den Grundsätzen wird darum die Auslegung der preußischen Strafgesetze eine eigenthümliche sein.

Anmerk. 1. Die Theorie von der Auslegung der Gesetze hat eine gleichmäßige Bedeutung für alle Gebiete der Rechtswissenschaft und kann darum hier nicht ihrem ganzen Umfange nach erörtert werden. Ein zufälliger Umstand ist es, daß, vermöge seines eigenthümlichen Entwickelungsganges, vorwiegend das Strafrecht es war, das zur wissenschaftlichen Erörterung dieser Lehre den Anstoß gab. Auf keinem Gebiete war im Laufe des 18. Jahrhunderts die Auslegung größerer Willkür verfallen, als auf dem des Strafrechtes, da ihr hier die unlösbare Aufgabe gestellt war, durch ihre Kunst ein veraltetes Strafrechtssystem mit den sittlichen Anschauungen des Zeitalters in Einklang zu bringen. Der schrankenlosen

---

2) Auch die Regel in dubio in mitius ist, wie Wächter Das sächs. u. thüring. Stfr. S. 109 zeigt, nicht eine dem Strafrechte eigenthümliche.

Willkür folgte das andere Extrem, der von Beccaria aufgestellte Grundsatz, daß das Strafgesetz überhaupt nicht interpretirt werden dürfe. Ihm schloß man sich in Deutschland an, und indem man den Anlaß zu der entarteten Gesetzauslegung allein in der Unklarheit der geltenden Quellen des Strafrechtes suchte, forderte man eine klare jedes Bedürfniß einer Auslegung beseitigende Gesetzgebung, eine Tendenz, zu welcher sich auch die preußische Gesetzgebung sehr entschieden hinneigte [3]). Freilich hat die Praxis und die Wissenschaft auf das Recht der Auslegung nie verzichten können, aber jene Tendenz, ihm möglichst enge Grenzen zu ziehen, wirkte noch lange nach [4]), und noch heut ist diese Grenzstreitigkeit nicht eine völlig entschiedene. Darum mußten, ohne auf das Einzelne einzugehen, oben wenigstens die leitenden Gesichtspunkte angegeben werden. Im Wesentlichen kommt es hierbei auf die richtige Vermittelung der einander entgegenstehenden Ansichten an [5]), deren eine zu einseitig die Auslegung auf den Wortlaut des Gesetzes beschränkt und darum auch den Gebrauch anderweitiger Interpretationsmittel möglichst abwährt [6]), während die andere nicht minder einseitig den Gedanken des Gesetzgebers zur Geltung zu bringen sucht [7]). Der Satz, daß nicht die Worte das Gesetz sind, sondern die Vorschrift, die der Gesetzgeber damit zu geben im Sinne hatte, ist falsch, wenn man daraus in irgend einer Beziehung folgern will, daß die Worte nur ein, gleichberechtigt neben allen anderen stehendes Mittel der Auslegung sind. Nur der in den Worten ausgesprochene und aus ihnen erkennbare Gedanke ist Gesetz, da der Rechtsgrundsatz eben nur durch seine wörtliche Fassung und Publication Gesetz wird. So wichtig es also auch für die Auslegung sein mag, wenn es durch die zu Gebote stehenden Mittel gelingt, den Gedanken, von welchem der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes ausging, vollkommen und unzweifelhaft zu reconstruiren, so ist doch dieser Gedanke nicht als das Gesetz zu betrachten und damit die Aufgabe der Auslegung nicht vollendet. Vielmehr bleibt weiter zu untersuchen,

---

3) Das Nähere oben Bd. I. S. 170 flg. 202 flg.

4) Feuerbach Revision II. S. 11 flg. Kritik d. Kleinschr. Entw. II. 18 flg. Bauer Abhandl. aus d. Stfr. I. S. 180. Königswärter De iur. crim. placito: nullum delict. etc. sine lege p. 127.

5) Wie sie im Wesentlichen Wächter, im Gegensatze zu seiner frühern Ansicht, Abhandl. aus dem Stfr. S. 248, gegeben hat, Handb. des Würtemb. Privatr. S. 144 flg. Das sächs. u. thüring. Strafr. S. 111.

6) Krug in d. Jahrb. f. sächs. Strafr. 1840. I. S. 249. Milhauser Das Staatsr. des K. Sachsen I. S. 11. Schüler Beurtheil. des Crim. Gb. f. Sachsen S. 8—10. Schaffrath Theorie der Auslegung. constit. Gesetze S. 12. Krug Grundsätze der Gesetzauslegung §. 6—11.

7) Wächter Abhandl. S. 248. Mohl im Archiv des Crim. R. 1842.

in wie weit dieser Gedanke in den Worten seine Verkörperung und gesetzliche Kraft erlangt hat. Nicht bloß der Gedanke des Gesetzgebers, sondern der dem Gesetze inwohnende Gedanke desselben ist durch die Auslegung zu reconstruiren [8]). Der aus irgend welchen Mitteln nachweisbare Gedanke des Gesetzgebers kann darum, wenn er in absolutem Widerspruche mit den Worten des Gesetzes steht, nicht unbedingt dem Gesetze seine verbindliche Kraft entziehen [9]). Der Wortlaut des Gesetzes, wenn er überhaupt nach den Regeln der Grammatik und Logik einen erkennbaren Gedanken ergiebt, ist ein allen anderen vorgehendes Beweismittel für den Willen des Gesetzgebers, und nur, wenn das Gesetz vermöge seines Wortlautes und Zusammenhanges mit allen anderen Gesetzen sich selbst widerspricht und überhaupt keinen erkennbaren Gedanken ergiebt, kann es natürlich eine verbindliche Kraft nicht haben. Demnach ist also der aus dem Gesetze an sich und in seinem organischen Zusammenhange mit anderen Gesetzen erkennbare Gedanke die Norm für die Auslegung, die jedoch andererseits nicht den Gebrauch jedes andern Mittels der Auslegung ausschließen kann. Dies könnte nur dann der Fall sein, wenn man zu der Annahme berechtigt wäre, daß, entsprechend der ideellen Aufgabe der Gesetzgebung, auch in jedem concreten Falle Form und Inhalt des Gesetzes einander wirklich adäquat seien. Da eine solche Annahme unzulässig ist, so muß es zum Zwecke der Auslegung gestattet sein, jedes sich darbietende Mittel zu benutzen, um den allein aus den Worten des Gesetzes nicht in seiner vollen Wahrheit zu erkennenden Gedanken des Gesetzgebers zu ermitteln und dem entsprechend den Wortlaut des Gesetzes ausdehnend, einschränkend oder sonst wie modifizirend zu verbessern. Die äußerste nicht zu überschreitende Grenze bleibt es aber auch in diesem Falle, daß die Worte des Gesetzes sich immer noch als die, wenn auch unvollkommene Form und Fassung, des durch die Auslegung gewonnenen Gedankens darstellen müssen, und daß also der anderweitig ermittelte Gedanke des Gesetzgebers nie als Gesetz gelten kann, wenn er in den Worten des Gesetzes selbst überhaupt gar nicht wieder zu erkennen ist.

Anmerk. 2. Was das Material für die Auslegung der Gesetze

8) Savigny System I. S. 213.

9) Dies behaupten Mohl a. a. O. S. 232 und Köstlin System S. 57, der, sich selbst unklar, hiermit in Widerspruch zu den eigenen allgemeinen Grundsätzen tritt. Es versteht sich übrigens von selbst, daß der Fall, in welchem der Wortlaut des Gesetzes vom Gesetzgeber selbst amtlich beglaubigt ist, zu unterscheiden ist von dem, in welchem dies nicht der Fall ist, und der Wortlaut selbst erst kritisch festgestellt werden muß. Hier kommen nicht mehr bloß die Regeln der Auslegung, sondern auch die der Textkritik in Betracht.

betrifft, so bedarf es heut kaum mehr der Erinnerung, daß es nicht der eigenen subjectiven Ansicht, dem Naturrecht, der Gesetzgebungspolitik, sondern allein der positiven Gesetzgebung, welcher das betreffende Gesetz angehört, und deren Geschichte entnommen werden darf. Jede Gesetzgebung, insbesondere auch Strafgesetzgebung, ist nicht bloß eine Vielheit von gesetzlichen Bestimmungen, sondern auch eine Einheit, die ihren Grund in dem einheitlichen geistigen und sittlichen Wesen des Volkes hat. Darum kommt das einzelne Gesetz nothwendig als Glied dieser organischen Einheit in Betracht, das in seiner besondern Bedeutung eben so sehr durch den einheitlichen Geist des Ganzen bestimmt und bedingt wird, als es seinerseits bestimmend auf das Ganze zurückwirkt. Die Auffassung des Gesetzes als eines solchen Gliedes wird darum besonders geeignet sein, es in seinem wahren Sinne zu erkennen, und die Auslegung wird in dieser Beziehung wesentlich erleichtert erscheinen, wenn, wie dies in Preußen und den meisten deutschen Staaten der Fall ist, die bestehende Strafgesetzgebung nicht in einer Ansammlung einzelner durch viele Jahrhunderte reichender Gesetze besteht, sondern auch ihrer formellen Entstehung nach sich als ein einheitliches Ganzes darstellt. In Preußen gelten zwar neben dem Strafgesetzbuche von 1851 noch andere ältere und neuere Strafgesetze in nicht geringer Anzahl. Gleichwohl muß das Strafgesetzbuch nicht etwa nur als der Hauptbestandtheil der preußischen Strafgesetzgebung, sondern zugleich als das, die innere, organische Einheit derselben darstellende Gesetz betrachtet werden, auf welche deshalb alle sonstigen Strafgesetze als ihre Glieder bezogen sind. Bei neueren Strafgesetzen, von denen vorausgesetzt werden darf, daß der Gesetzgeber selbst sie in ihrem Verhältnisse zum Strafgesetzbuche sich gedacht und demgemäß abgefaßt hat, wird es für die Auslegung leicht sein sie in diesem Verhältnisse richtig aufzufassen. Schwieriger dagegen wird dies bei älteren Strafgesetzen sein, die jetzt als losgelöste Glieder einer untergegangenen einheitlichen Gesetzgebung erscheinen. Es wird für ihre Auslegung gewiß förderlich sein, wenn sie zunächst in ihrer Beziehung zu der zur Zeit ihrer Entstehung geltenden Strafgesetzgebung betrachtet werden. Wenn aber jene älteren Strafgesetze nicht bloß neben dem Strafgesetzbuche fortbestehen, sondern durch das Einführungsgesetz rücksichtlich der Strafe ausdrücklich mit dem Strafgesetzbuche in Einklang gebracht worden sind, wenn bei ihrer Anwendung meistens die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches nicht die der betreffenden ältern Gesetzgebung entscheidend sind, so wird auch die Auslegung danach streben müssen, das ältere Gesetz möglichst als integrirendes Glied der jetzigen Gesetzgebung aufzufassen.

Die neueren Verfassungszustände Preußens wie der meisten deutschen Staaten bringen es mit sich, daß für die Auslegung der Gesetze in den veröffentlichten Verhandlungen über die Redaction derselben ein reiches Material zu Gebote steht. Die Wissenschaft ist bereits bemüht gewesen über die Benutzung dieser Materialien zum Zwecke der Auslegung feste Regeln aufzustellen [10]), und es läßt sich nicht leugnen, daß man im Allgemeinen den Werth dieses Hilfsmittels der Interpretation überschätzt hat. Es kommt hierbei in Betracht, daß zur Entstehung des Gesetzes das Zusammenwirken verschiedener Factoren erforderlich ist, und daß darum die meisten Aeußerungen über die Motive des Gesetzes als einseitige erscheinen, die nicht als vom Gesetzgeber selbst ausgegangen betrachtet werden können. Nur in den seltensten Fällen wird eine ausdrückliche Uebereinstimmung aller Factoren der Gesetzgebung rücksichtlich der Motive nachweisbar sein, während die Annahme einer durch Stillschweigen geäußerten Uebereinstimmung in allen Fällen höchst bedenklich ist. Es ist nicht wohl einzusehen, wie bei den Verhandlungen der Regierung mit der Landesvertretung für den einen oder andern Theil eine rechtliche Nothwendigkeit sich über die Motive zu äußern erwachsen soll, und ohne eine solche ist jeder Schluß aus dem Stillschweigen unzulässig. Auch wenn von einem Theile mit vollem Bewußtsein der Motive des andern dem darauf basirten Gesetze zugestimmt wird, bleibt immer noch die Möglichkeit, daß der zustimmende und über die Motive schweigende Theil sich von ganz anderen Motiven, denen der proponirte Wortlaut des Gesetzes zu genügen schien, leiten ließ [11]). Für die Auslegung des preußischen Strafgesetzbuches sind bereits die durch die Geschichte seiner Entstehung gegebenen Materialien in sehr umfassender Weise benutzt worden [12]).

Für die Auslegung des preußischen Strafgesetzbuches ist ferner von Bedeutung die Frage nach den Quellen, aus denen es geschöpft hat. Aus der Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuches ist es bekannt, daß man von

---

10) Wächter De lege Saxon. d. VIII. m. Febr. a. 1834 lata Comment. 1835. Ders. Abhandl. I. 242. Hepp Comment. des Würtemb. Strafgb. I. S. 42. Schletter Diss. de subsidiis interpr. legum ex iis, quae in conciliis acta sunt, petendis. 1839. Mohl im Arch. 1842. S. 214. Vgl. Krug, Milhauser, Schüler, Schaffrath, Heffter a. a. O.

11) Darum kann auch den beschränkenden Grundsätzen Mohls nicht unbedingt zugestimmt werden. Vgl. Temme Lehrb. S. 128.

12) Zuerst von Beseler, am vollständigsten von Goltdammer. Es bleibt das Goltdammersche Werk ein in hohem Grade verdienstliches und dankenswerthes, auch wenn man zugeben muß, daß der Verf. nicht selten den Materialien ein zu großes Gewicht in Betreff der Gesetzesauslegung beigemessen hat.

Anfang an auf eine eigentliche Revision der Strafgesetzgebung des Landrechtes verzichtete und an ihre Stelle eine in jeder Beziehung neue zu setzen beabsichtigte. Wirklich finden sich im Strafgesetzbuche Bestimmungen, die unmittelbar auf das Landrecht als ihre Quelle zurückverweisen, nur in sehr beschränktem Maße. Gleichwohl darf man nicht vergessen, welch' bedeutsame Grundlage für die Entwickelung der neuern deutschen Strafrechts-Wissenschaft wie Gesetzgebung der 20. Tit. Thl. II. des Allg. Landrechtes bildet [13]). Geht diese Entwickelung freilich weit überwiegend außerhalb der Sphäre des preußischen Strafrechtes vor sich, und spiegelt sie sich nur in sehr beschränktem Maße in den einzelnen dem Landrechte folgenden strafrechtlichen Anordnungen Preußens wieder, so darf man doch nicht meinen, daß das Strafgesetzbuch den Boden des preußischen Rechtes verlassen habe, weil es vorzüglich die deutsche Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts zu seinen Quellen hat. Es empfing aus diesen Quellen, dem Standpunkte des Zeitalters entsprechend fortgebildet, das zurück, was ihnen früherhin aus der preußischen Gesetzgebung in reichem Maße zugeflossen war. Andrerseits bedarf es kaum der Erinnerung, daß die preußische Strafgesetzgebung von jeher, und insbesondere auch die des Landrechtes, nie ihren national deutschen Character verleugnet hat, und nur in formeller nicht in materieller Beziehung eine preußische genannt werden kann. Mit einem Worte, das preußische Strafgesetzbuch ist ein neuer Zweig an dem einheitlichen Stamme des deutschen Strafrechtes, dessen Leben, bei dem Mangel einer einheitlichen gesetzgebenden Gewalt vorzüglich durch die Wissenschaft gepflegt, sich bisher noch kräftig genug erwiesen hat, um in den einzelnen deutschen Ländern nicht ihm selbst fremdartige, undeutsche Mißbildungen entstehen zu lassen. Das Strafgesetzbuch ist ein preußisches Gesetz, das System strafrechtlicher Begriffe, auf denen es beruht und die in ihm eine preußische Form und Gestalt gewonnen haben, ist ein deutsches. Kann darum die Wissenschaft überhaupt nimmermehr darauf verzichten, das preußische Strafrecht als ein deutsches und in Verbindung mit seinen deutschen Quellen zu behandeln, so darf insbesondere auch bei der Auslegung des einzelnen Gesetzes nie vergessen werden, daß es deutschen Ursprunges und nur aus ihm richtig zu erkennen ist. Ein deutsches ist aber freilich das preußische Strafgesetzbuch nicht bloß in dem Sinne, daß ältere und neuere Quellen des in Deutschland geltenden Strafrechtes, daß wissenschaftliche Werke deutscher Criminalisten seine Grundlage bilden, sondern auch in dem Sinne, daß sich in ihm die sittlichen und rechtlichen An-

13) Vgl. oben Bd. I. Kap. 5.

schauungen des deutschen Volkes wiederspiegeln. Welche Macht sie einer ihnen fremd gewordenen Strafgesetzgebung gegenüber zu äußern vermögen, das lehrt zur Genüge die Geschichte des deutschen Strafrechtes im 18ten Jahrhundert. In Betreff des preußischen Strafgesetzbuches wird man zugeben müssen, daß Alles geschehen ist, um diesen Anschauungen den ihnen gebührenden Einfluß zu sichern. Die Wissenschaft, deren Kritik herausgefordert und gehört wurde, und die seit zwei Jahrhunderten oft allzu bereitwillig auf das „Volksrecht" gehört und ihm Concessionen gemacht hatte, wird man schwerlich beschuldigen können einen undeutschen, dem Rechtsbewußtsein des Volkes fremden Einfluß geübt zu haben. Wenn aber auch zugegeben werden mag, daß die Doctrin, indem sie ihren eigenthümlichen Weg wandelt, immer zu einem mehr oder weniger vom Volksrechte divergirenden Juristenrechte gelangen wird, so war für einen genügenden Schutz gegen die Einseitigkeit der Doctrin durch den ausgedehnten Einfluß gesorgt, der bei der Redaction des Strafgesetzbuches den Practikern gewährt wurde, die, fortwährend im lebendigsten Verkehre mit dem Volke stehend, doch wohl vor Allen Gelegenheit haben die Rechtsanschauungen des Volkes kennen zu lernen. Soweit aber auch der Einfluß der Practiker noch nicht genügend erscheinen sollte, um dem Volksrechte zur Geltung zu verhelfen, so kommt endlich noch in Betracht, daß das Strafgesetzbuch nicht weniger als dreimal Gegenstand der ständischen Berathungen war. Wenn trotz alledem nach Temme's Ansicht [14]) das Strafgesetzbuch wie jedes geschriebene Gesetz den Fluch auf sich trägt „das eigentliche Recht des Volkes" nicht zu Tage zu fördern, so ist wenigstens das Mögliche geschehen diesen Fluch abzuwenden. Sehr wunderlich ist es aber, wenn Temme unter solcher Voraussetzung dennoch das im deutschen Volke lebende Rechtsbewußtsein für die erste und beste historische Auslegungsquelle des preußischen Strafrechtes erklärt [15]). Wir wissen sehr wohl, daß das positive Recht seine Erklärung nicht bloß in den geschriebenen Quellen, sondern auch in dem nationalen Character des Volkes, wie er sich auf allen Gebieten des geistigen und sittlichen Lebens desselben darstellt, findet. Hierbei ist aber die nothwendige Voraussetzung die, daß auch das Recht eine Erscheinungsform des nationalen Geistes, ein wahres Volksrecht sei. Wenn dagegen dem geschriebenen Gesetze dieser Character abgesprochen wird, so sind Gesetz und Rechtsbewußtsein des Volkes zwei disparate Dinge, von denen das eine zur Erklärung des andern in keiner Beziehung benutzt

14) Lehrb. §. 13.
15) Lehrb. S. 129 flg.

werden kann. Wir fürchten überdies, daß wenn man die rechtlichen und sittlichen Anschauungen des Volkes, nach Temme's Vorschlag, einzelnen Individuen, namentlich den Verbrechern, durch den Inquirenten abfragen lassen, dagegen die eigenthümlichen Schöpfungen des Volkes auf den Gebieten der Wissenschaft, Nationalliteratur, Kunst, Religion u. s. f. nicht als Erkenntnißquellen gelten lassen will, ein für die wissenschaftliche Erkenntniß des Rechtes sehr ungenügendes ja gefährliches Ergebniß sich herausstellen möchte.

Für die Auslegung der preußischen Strafgesetze bleibt endlich noch der Umstand zu berücksichtigen, daß bekanntlich dem französischen Strafrechte ein nicht unbedeutender und nicht überall als heilsam anzuerkennender Einfluß auf das preußische Strafgesetzbuch gestattet worden ist. Der äußere Anlaß hierzu lag bekanntlich darin, daß die rheinischen Provinzialstände und Juristen diesen Einfluß möglichst geltend zu machen suchten, der innere Grund dafür, daß die Regierung sich bestimmen ließ ihm nachzugeben, darin, daß man auf diesem Wege die Strafgesetzgebung dem neu gestalteten Strafverfahren anzupassen bemüht war. Hiermit entsteht die Frage, in wie weit die Quellen des französischen Strafrechtes und die criminalistische Literatur Frankreichs als Auslegungsmittel der preußischen Strafgesetze dienen können? Vorbehaltlich der später im einzelnen Falle vorzunehmenden Prüfung dieses Einflusses des französischen Strafrechtes, möge hier eine allgemeine Bemerkung vorangeschickt werden. Ist der gegenwärtige Rechtszustand der europäischen Völker aus gleichartigen Grundlagen erwachsen, so würde auch eine in der Art des Alterthums durchgeführte Exclusivität des Rechtes der gegenwärtigen Stellung der europäischen Staaten wenig entsprechen. Eine Berücksichtigung dessen, was etwa im Auslande Gutes geleistet worden ist, kann also bei der Gesetzgebung im Allgemeinen nicht ausgeschlossen werden. Jemehr die Landesgrenzen aufhören auch Grenzen für den privatrechtlichen Verkehr der Völker zu sein, um so mehr wird namentlich eine Annäherung der Privatrechts-Gesetzgebungen wünschenswerth und Bedürfniß. Das Gleiche läßt sich in Beziehung auf das Strafrecht nicht behaupten. Hier könnte höchstens eine größere Gleichartigkeit in der Bestrafung der im Auslande und gegen den fremden Staat begangenen Verbrechen als Bedürfniß erscheinen. Im Uebrigen ist beim Strafrechte wie dem gesammten öffentlichen Rechte das erste und wesentlichste Bedürfniß dies, daß sich in ihm mit möglichster Schärfe und Bestimmtheit der nationale Standpunkt und Character des Volkes auspräge. Ist es also hier an sich immer bedenklich dem fremden Rechte einen irgend bedeutendern Einfluß zu gewähren, so hat namentlich das deutsche Volk

allen Grund sich zu hüten, seinen bekannten kosmopolitischen Neigungen nicht auch hier allzu freien Lauf zu lassen. Es ist darum eine nicht bloß patriotische, sondern durch das eigenthümliche Wesen des Strafrechtes gebotene und innerlich gerechtfertigte Pflicht der Wissenschaft sich bei der Auslegung und wissenschaftlichen Behandlung der Strafgesetzgebung möglichst auf ihrem nationalen Standpunkte zu behaupten, und ihn namentlich hier wie auf dem Gebiete des Strafverfahrens nicht allzusehr durch die modernen Bestrebungen vergleichender Jurisprudenz verwischen zu lassen. Daß das preußische Strafgesetzbuch durch den Einfluß des Code pénal aufgehört habe ein deutsches zu sein, wird man nicht behaupten wollen. Aber soweit auch dieser Einfluß im Einzelnen ein unzweifelhaft nachweisbarer ist, wird man immer zuerst zu berücksichtigen haben, daß es einzelne aus dem Ganzen losgelöste Bestimmungen der französischen Gesetzgebung sind, welche als integrirende Glieder einem deutschen Gesetzbuche eingefügt wurden, und nunmehr in diesem ein neues Leben empfangen haben, dessen Bedeutung aus dem Geiste und Wesen des deutschen Gesetzbuches zu bestimmen ist. Es würde darum gar kein Widerspruch darin liegen, wenn eine nachweisbar dem Code pénal entnommene Bestimmung nach denselbigen Regeln der Auslegung *jetzt* in Preußen ganz anders als in Frankreich erklärt werden müßte. Hieraus ergiebt sich, daß nur insoweit der angegebene Gesichtspunkt als die leitende Norm festgehalten wird, die französischen Rechtsquellen als ein untergeordnetes Hilfsmittel für die Auslegung der preußischen Strafgesetze benutzt werden können, und daß das Ergebniß dieser Auslegung niemals unmittelbar auf sie basirt werden darf, indem sie nur zur Vorbereitung für die Auslegung der betreffenden Bestimmung aus dem Geiste des preußischen Strafgesetzbuches zu dienen vermögen. Noch viel entschiedener müßte man sich dagegen verwahren, wenn bei der Auslegung preußischer Strafgesetze die criminalistische Literatur Frankreichs und Deutschlands als gleichberechtigt behandelt werden wollte [16]).

§. 18. **Die Auslegung darf, wie gezeigt wurde, nicht überall von der Voraussetzung einer absolut vollkommenen wörtlichen**

---

16) Kann man die oft sehr gesuchte und tendenziöse Art, in der Temme das Volksrecht geltend zu machen und dabei die deutsche Rechtswissenschaft in Schatten zu stellen sucht, nicht billigen, so bleibt es doch ein sehr hoch zu schätzendes Verdienst desselben, wenn er überall den deutschen Character des preußischen Strafrechtes entschieden festhält, einem fortschreitenden Einfluß des französischen Rechtes und dem meist ganz unnöthigen der französischen Jurisprudenz entnommenen Flitterstaate entgegentritt.

Fassung des gesetzgeberischen Gedankens ausgehen, sondern muß auch die mögliche Unvollkommenheit dieser Fassung berücksichtigen. Diese Unvollkommenheit kann, von anderen möglichen Fällen abgesehen, namentlich auch darin liegen, daß das Gesetz, das seiner Natur nach eine allgemeine Regel sein soll, nicht in der nöthigen und vom Gesetzgeber beabsichtigten Allgemeinheit, sondern in zu concreter Weise gefaßt wurde. Als ausdehnende Auslegung des Gesetzes wird es bezeichnet, wenn, entsprechend der nachweisbaren Absicht des Gesetzgebers, der Wortlaut des Gesetzes verallgemeinert wird, so daß nunmehr Fälle unter das Gesetz zu subsumiren sind, welche nach wörtlicher Fassung desselben ausgeschlossen erscheinen würden. Von der ausdehnenden Auslegung des Gesetzes muß, wenngleich in einem Punkte mit ihr übereinkommend, die analoge Anwendung des Gesetzes unterschieden werden [1]. In beiden Fällen handelt es sich allerdings um eine Verallgemeinerung; der Unterschied liegt aber darin, daß die ausdehnende Auslegung den Wortlaut des Gesetzes allgemeiner als er wirklich besagt, erfaßt, wobei ihr der nachweisbare Gedanke des Gesetzgebers als Maßstab ihres Verfahrens dient, während bei der analogen Anwendung des Gesetzes über den Gedanken selbst zu einer noch allgemeinern Regel fortgegangen wird, wobei die ratio legis die Norm solchen Verfahrens bildet. Bei der Entscheidung nach Analogie handelt es sich also darum, daß ein Fall entschieden werden soll, welcher unter die bestehenden, selbst so weit als zulässig ausdehnend interpretirten, Gesetze überhaupt nicht subsumirt werden kann, demnach ein Fall, den der Gesetzgeber in Wahrheit außer Acht gelassen hat, oder, wie man zu sagen pflegt, es handelt sich darum die Lücken der Gesetzgebung auszufüllen. Wenn also das Wesen der

1) Ueber analoge Anwendung des Strafgesetzes vgl. Grolman Biblioth. f. peinl. Rechtswissensch. I. S. 51. Wächter im N. A. 1844. Lehrb. I. S. 70. Roßhirt im N. A. VIII. S. 152. Post De analogia ab interp. extens. rite distinguenda. 1840. Königswarter l. c. Hepp im N. A. 1846. Jarke I. §. 50. Heffter §. 23. Abegg §. 18. Bauer Lehrb. 2. Ausg. §. 120. Martin §. 59. Köstlin System S. 59 flg. Marezoll §. 42. Preuschen Gerechtigkeitstheorie II. S. 12—16. Escher Lehre v. strafb. Betruge S. 15. Luden I. S. 148 flg.

Analogie darin liegt, daß zum Zwecke der Entscheidung eines vom Gesetzgeber unentschieden gelassenen Falles die allgemeine entscheidende Regel selbst erst gebildet wird, so entsteht hiermit die Frage nach dem Rechtsgrunde eines solchen Verfahrens. Offenbar würde der Richter ungebührlich in die Sphäre des Gesetzgebers übergreifen, wenn er sich berechtigt erachtete, jeden durch das Gesetz unentschieden gelassenen Fall nach einer selbst gebildeten Regel zu entscheiden. Innerhalb welcher Grenzen er hierzu berechtigt ist, ergiebt sich aber, wenn hier, wie bei der Auslegung des Gesetzes, berücksichtigt wird, daß die Strafgesetzgebung nicht bloß eine Vielheit einzelner Gesetze, sondern auch eine in sich abgeschlossene und gegliederte Einheit ist. Hat die Wissenschaft eine Gesetzgebung in ihrer systematischen Einheit aufgefaßt, dann muß sie auch im Stande sein zu bestimmen, wo sich eine Lücke in derselben vorfindet. Also nicht überall, wo es an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, sondern nur da, wo sich dieser Mangel zugleich als eine nachweisbare Lücke der Gesetzgebung darstellt, ist die Entscheidung nach Analogie zulässig. Ob aber eine solche Lücke vorhanden sei, das kann nur nach Maßgabe der ratio legis, von welcher der Gesetzgeber ausging, bestimmt werden, und zwar entweder so, daß die ratio legis einer einzelnen gesetzlichen Bestimmung hierzu dient, indem sich also in Beziehung auf sie der Gedanke des Gesetzgebers als ein in sich lückenhafter darstellt, oder so, daß die Lücke aus dem organischen Zusammenhange verschiedener in sich vollkommener gesetzlicher Bestimmungen erkannt wird und zwischen inne liegt. Die Ausfüllung dieser Lücken bezeichnet man im erstern Falle als Gesetzes- im zweiten als Rechts-Analogie. Der Stoff aber für diese Ausfüllung ist nicht ein beliebig gewählter, sondern wird dem einzelnen oder den vielen in sich zusammenhängenden Gesetzen entnommen, indem über den allgemeinen vom Gesetzgeber, in vollkommener oder unvollkommener Form, ausgesprochenen Gedanken zu der höhern Allgemeinheit der ratio legis fortgegangen wird, aus welcher sich mit gleicher logischer Nothwendigkeit die vom Gesetzgeber ausgesprochene wie die nicht ausgesprochene analoge Regel ergiebt. Sind wir überhaupt je berechtigt die Ge-

setzgebung als eine Einheit zu betrachten, so ist damit auch die Berechtigung zur analogen Anwendung der Gesetze ausgesprochen. Hat nämlich der Gesetzgeber die bestehenden Gesetze nicht bloß als einzelne, sondern sie in ihrer organischen Einheit als Ganzes gedacht und gewollt, so müssen sie auch als solche behandelt und angewendet werden. Es geschieht, indem die Lücken durch Analogie ausgefüllt werden, und die so gebildete Rechtsregel steht dem Gesetz selbst völlig gleich. Hat sie zwar der Gesetzgeber nicht als einzelne sich gedacht und vergegenwärtigt, so hat sie nichtsdestoweniger in seinem Willen gelegen, weil sie, sowohl ihrer Existenz wie ihrem besondern Inhalte nach, eine durch das gewollte Ganze des Gesetzes oder der Gesetzgebung nothwendig bedingte ist, und diesen seinen Willen hat zugleich der Gesetzgeber durch das Gesetz oder die Gesetze, aus denen sie in analoger Weise gebildet wurde, kundgegeben. Die angegebenen Grundsätze über die Gesetzes- und Rechts-Analogie finden im Allgemeinen auch ihre Anwendung auf die preußische Strafgesetzgebung [2]). Dagegen liegt es allerdings in dem Character der modernen Strafgesetzbücher und so auch des preußischen, daß die analoge Gesetzanwendung ausgeschlossen sein soll, wenn es auf Beantwortung der Frage ankommt, ob eine bestimmte Handlung überhaupt für strafbar zu erachten sei oder nicht, ein Grundsatz, den überdies das preußische Strafgesetzbuch ausdrücklich ausgesprochen hat [3]).

Anmerk. Die analoge Anwendung der Gesetze, welche man in Betreff des Privatrechtes noch nie bezweifelt hat, ist nach den Quellen des gemeinen Rechtes unzweifelhaft eben so zulässig in Betreff des Strafrechtes. Dafür würde die ganze eigenthümliche Entwickelung des römischen Rechtes sprechen, auch wenn dieser Grundsatz nicht durch einzelne Gesetzesstellen bezeugt würde [4]). Gleich entschieden wird er durch die Carolina

---

2) Heffter in Goltdammers A. a. O. Temme Lehrb. S. 133 flg.

3) Stfgb. §. 2. Vgl. Beseler Komment. S. 68 flg. Goltdammer Mat. I. S. 53 fl.

4) L. 7. §. 3. D. ad leg. Iul. mai. 48, 4. L. 1. §. 13. D. ad leg. Corn. de fals. 48, 10. L. 10. D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8. L. 3. D. ad leg. Pomp. parricid. 48, 9. L. 1. §. 13. D. ad Sct. Turp. 48, 16. L. 3. C. ad leg. Iul. adult. 9, 9. L. 9. D. eod. 48, 5.

ausgesprochen[5]). Daß Doctrin und Praxis die Analogie wie die Gesetzauslegung in der ausgedehntesten Weise gemißbraucht haben, ist bekannt genug[6]), und erst die neuere Zeit hat das Wesen der analogen Gesetzanwendung und die Grenzen ihrer Zulässigkeit näher festgestellt. Gleichwohl wird sie auch in neuerer Zeit noch vielfach angefochten, wobei in der Regel Mißverständnisse zu Grunde liegen. Daß und in welcher Weise sie von der ausdehnenden Interpretation, mit der sie so oft verwechselt wurde, zu unterscheiden sei, ist bereits angegeben. Die Einwendung, daß die Analogie, wohl zulässig auf dem Gebiete des Privatrechtes, aus dem des Strafrechtes in Rücksicht auf die Gefahren, welche für die Rechtssicherheit daraus erwachsen können, zu verbannen sei[7]), ist eigentlich keine. Die für jede Gesetzanwendung nun einmal erforderliche freie Denkthätigkeit des Richters ist stets von solchen Gefahren begleitet, und wenn hier etwa die Gefahr besonders groß erscheint, so würde daraus höchstens ein der nähern Untersuchung bedürftiger Grundsatz der Gesetzgebungspolitik, nicht ein Grund gegen die im Wesen der Gesetzgebung begründete analoge Gesetzanwendung entnommen werden können. Ueberdies bleibt bei diesem Einwande gewöhnlich außer Acht, daß es hierbei gar nicht bloß auf eine ermöglichte Bestrafung solcher Handlung, welche vom Gesetze nicht ausdrücklich mit einer Strafe bedroht sind, ankommt, sondern daß hiervon abgesehen die Strafgesetzgebung noch sehr viele anderweitige durch Analogie auszufüllende Lükken lassen kann[8]). Ernstlicher erscheint der Einwand, nach welchem in der Strafgesetzgebung eine durch Analogie auszufüllende Lücke überhaupt nicht angenommen werden dürfe[9]), weil der Gesetzgeber alle zu bestrafenden Handlungen nebst der Art ihrer Bestrafung angegeben habe, und nicht in der Lage sei auch noch diejenigen Handlungen zu nennen, welche nicht bestraft werden sollen. Hierbei ist aber durchaus die Bedeutung einer Lücke der Gesetzgebung übersehen, wie sie allerdings auch bisher von den Vertheidigern der Zulässigkeit der Analogie nicht entschieden genug hervorgehoben wurde. Der Umstand, daß ein Strafgesetzbuch eine gesetzliche Bestimmung nicht enthält, die vielleicht in einem andern enthalten ist, oder nach der Meinung des Richters, wenn sie vorhanden wäre, geeignet sein

---

5) C. C. Art. 105. Luden Lehrb. S. 149 N. 2. hat sich die Widerlegung allzuleicht gemacht, besonders in Betreff der Carol., wo er zwar Art. 104. anführt, den entscheidenden Art. 105. aber übersehen hat.

6) Vgl. oben Bd. I. §. 18.

7) Mittermaier zu Feuerb. §. 75 a. Beseler Komment. S. 69.

8) Darüber besonders Hepp im N. A. a. a. O.

9) Luden I. S. 148. Vgl. Königswarter, Preuschen, Escher a. a. O.

würde einen vorliegenden Fall zu entscheiden, berechtigt freilich nicht dazu aus dem Schweigen des Gesetzgebers auf einen Mangel zu schließen, der durch den Richter ersetzt werden könnte und dürfte. Vielmehr hat die analoge Gesetzanwendung zu ihrer wesentlichen Voraussetzung, daß nicht bloß der Mangel einer gesetzlichen Bestimmung, sondern auch der Umstand constatirt sei, daß dieser Mangel, in Beziehung auf ein einzelnes Gesetz oder die ganze Gesetzgebung, insofern sie aus ihrem Grunde als eine Totalität aufgefaßt werden, sich wirklich als eine Lücke darstelle. Die Lücke ist nicht bloß ein Mangel schlechthin, sondern ein solcher, dessen Ort und Stelle durch das Vorhandene genau begränzt und bezeichnet ist, so daß zwar nicht ein Mangel ersetzt, wohl aber die Lücke in der angegebenen Weise ausgefüllt werden kann. Ob eine Strafgesetzgebung Lücken in diesem Sinne enthält, ist eine Thatfrage, über welche nie von vornherein abgesprochen werden kann. Ist eine Lücke vorhanden, so ist aus den angegebenen Gründen die Berechtigung gegeben sie durch analoge Gesetzanwendung auszufüllen, gleichviel welcher Art die zu bildende Rechtsregel sei, so daß an sich auch dem nichts entgegensteht, in solcher Weise die Zahl der strafbaren Fälle zu vervielfältigen. Wenn man diese letztere Art analoger Gesetzanwendung nicht zulassen will, und wie im bayrischen, hannöverschen, hessischen, badischen, so auch im preußischen Strafgesetzbuch ausdrücklich ausgeschlossen hat, so muß man sich nur darüber klar sein, daß der Grund dafür nicht in der Natur des Strafrechtes, nicht in dem Wesen analoger Gesetzanwendung, sondern allein in politischen Rücksichten, und, wie Köstlin richtig bemerkt, in dem eigenthümlichen Character unserer neueren Strafgesetzbücher zu suchen ist. Eben so wenig ist ein rechtlicher Grund dafür vorhanden zwar die Gesetzesanalogie zulassen, die Rechtsanalogie dagegen ausschließen zu wollen, denn der Unterschied beider liegt nur in den Mitteln, welche gebraucht werden, um das Dasein einer Lücke der Gesetzgebung zu constatiren und um sie auszufüllen, und dürfte überhaupt die größere oder geringere Schwierigkeit eines solchen Verfahrens, die bei der Gesetzauslegung in gleichem Maße stattfinden kann, ein zulässiger Grund für die Beschränkung oder Ausschließung der Analogie sein, so könnte doch nicht zugegeben werden, daß die Rechtsanalogie in jedem Falle größere Schwierigkeiten als die Gesetzesanalogie bereite. Was endlich den Rechtsgrund der analogen Gesetzanwendung betrifft, so ist er bisher stets im Wesentlichen in dem gesucht worden, was oben als solcher angeführt wurde. Erst Temme [10]) hat versucht einen ganz andern Grund

---

10) Lehrb. S. 134 flg.

an die Stelle zu setzen, indem er die nach Analogie gebildete Rechtsregel als einen gewohnheitsrechtlichen Grundsatz betrachten will. Es mag zugegeben werden, daß eine Lücke in der bestehenden Gesetzgebung Anlaß zur Bildung eines gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes werden kann, nimmermehr aber darf die durch Analogie gebildete Rechtsregel als solcher betrachtet werden. Es ist überhaupt sehr wunderbar, daß Temme von Gesetzes- und Rechtsanalogie spricht und sie scheinbar vertheidigt, während er sie in Wahrheit für unzuläßig erklärt. Er thut dies, indem er die Befähigung der Wissenschaft die ratio legis, aus welcher die analoge Rechtsregel gefolgert werden soll, zu finden und festzustellen bezweifelt, und indem er es für unzuläßig erklärt aus dem Stillschweigen des Gesetzgebers zu folgern, daß die analoge Rechtsregel, wenn auch unbewußt, in seinem Willen gelegen habe. Auch er hat also übersehen, daß die analoge Gesetzanwendung nicht überall, wo der Gesetzgeber geschwiegen hat, sondern nur da stattfinden kann, wo das, was der Gesetzgeber sagte, die Gewähr für das Dasein einer wirklichen Lücke und für die Art ihrer Ausfüllung giebt. Wenn Temme gleichwohl die Mängel der bestehenden Gesetzgebung überall ergänzen will aus dem allgemeinen, sittlichen und rechtlichen Bewußtsein, das die Strafwürdigkeit einer gesetzlich nicht strafbaren Handlung ausspreche, und sodann aus dem durch dieses allgemeine Bewußtsein gebildeten concreten Rechtsbewußtsein des Volkes, so kann darin nicht der Grund für die Nothwendigkeit der Analogie liegen, da ja hier die Rechtsregel gar nicht nach Analogie des Gesetzes, sondern in ganz anderer Weise gebildet wird. Wenn er eine solche Rechtsbildung als eine gewohnheitsrechtliche bezeichnet, so kann sie möglicherweise eine solche sein, in den meisten Fällen aber wird, trotz aller gegentheiligen Versicherungen, dies Verfahren sich als eine unzuläßige richterliche Willkür darstellen. Um die souveräne Gewalt dieses angeblichen Gewohnheitsrechtes zu retten, leugnet er darum auch die in §. 2. des Strafgesetzbuches enthaltene Beschränkung der Analogie.

Zweiter Abschnitt.

Das Verbrechen.

Einleitung.

§. 19. Das Verbrechen hat, als eine Form des Unrechtes, das Recht, und zwar näher das Recht in der Form der Positivität, das Gesetz, zu seiner Voraussetzung. Das Verbrechen ist also Rechtsverletzung. Das Wesen der Rechtsverletzung ist aber darin nicht erschöpft, daß irgend einem unter dem Schutze des Rechtes stehenden Gute eine Beschädigung zugefügt sei, denn wenn zwar diese Güter vielfach der Beschädigung durch die Mächte der Natur ausgesetzt sind, ohne daß ihnen das Recht den genügenden Schutz dagegen zu gewähren vermöchte, so ist doch gerade das Recht selbst in jedem solchen Falle, als eine Macht der sittlichen Welt, der Beschädigung durch die Wirkung der Naturgesetze schlechthin entzogen[1]). Als Rechtsverletzung erscheint

1) So einfach der Grundsatz, daß Beschädigungen durch die Mächte der Natur nie als Rechtsverletzungen betrachtet werden können, zu sein scheint, so ist er doch bis in die neueste Zeit angefochten worden, indem man, von der Handlung als der nothwendigen Form der Rechtsverletzung absehend, eine jede Beschädigung eines rechtlich geschützten Zustandes als Rechtsverletzung betrachtet, z. B. Köstlin System S. 120. Insbesondere glaubte man daran festhalten zu müssen, um die Berechtigung der Nothwehr gegen den Unzurechnungsfähigen oder das Thier deduciren zu können. Das Recht des Menschen sich gegen schädliche Einwirkungen der Naturmacht, und als solche erscheint der Wahnsinnige, zu schützen und zu vertheidigen, ist freilich nicht zu bezweifeln. Setzt aber die Nothwehr einen rechtswidrigen Angriff, eine drohende Rechtsverletzung voraus, so kann auch die Vertheidigung gegen die Naturmacht, die der Rechtsverletzung unfähig ist, nicht als Nothwehr betrachtet werden. Warum der Mensch das Recht habe sich mit dem Blitzableiter gegen den Blitz zu vertheidigen, bedarf keiner Erörterung. Eine solche kann nur da erforderlich scheinen, wo in der drohenden Naturmacht uns zugleich ein Recht, in dem Wahnsinnigen die be-

die Beschädigung nur dann, wenn sie ihre Ursache im Willen des Menschen hat, weil das Recht seiner Natur nach eben so sehr seine Verwirklichung wie seine Verletzung allein durch den Willen, die einzige in der sittlichen Welt herrschende Macht, erfahren kann. Das Verbrechen hat hiernach seinen Grund im Willen oder in der Freiheit, es ist ein mögliches unter der Voraussetzung der Handlungsfähigkeit, es wird ein wirkliches in der Form der Handlung. Seinen eigenthümlichen Inhalt gewinnt das Verbrechen dadurch, daß es eine als Rechtsverletzung sich darstellende Beschädigung ist. Eben darum aber kann auch als Inhalt des Verbrechens nicht bloß die Beschädigung des objectiv daseienden rechtlichen Gutes angesehen werden, wenn nicht in solcher Weise der Inhalt von seiner wesentlichen Form losgelöst werden soll. Vielmehr kommt hier neben dem Verhältnisse des Willens zu dem objectiv daseienden Rechte, eben so sehr sein, in der rechtsverletzenden Handlung sich darstellendes, Verhältniß zu seiner eigenen sittlichen Natur und Aufgabe in Betracht.

Anmerk. Es ist bekannt genug, welchen Consequenzen das an sich berechtigte Streben der deutschen Naturrechtsschule: das Recht von anderen verwandten Gebieten, namentlich von dem der sittlichen und religiösen Gesetzgebung scharf und bestimmt abzusondern, schließlich verfiel, der Consequenz eines unsittlichen und irreligiösen Rechtssystemes. Wenn im Gegensatze zu dieser abstracten Trennung der rechtlichen und sittlichen Gesetzgebung die Hegelsche Auffassung von Recht und Staat sich dem andern Extrem zuneigte, so darf ihr doch das Verdienst nicht abgesprochen werden, im Wesentlichen ein richtigeres Verhältniß der Rechtswissenschaft zur ethischen Wissenschaft überhaupt hergestellt zu haben. Dies hat sich namentlich auch auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft zu erkennen gegeben, und es darf in dieser Beziehung nur an die großen Verdienste erinnert zu werden, welche sich Abegg, Michelet, Köstlin, Berner insbesondere um die Zurechnungslehre erworben haben. Im Ganzen aber ist man sich

---

rechtigte Persönlichkeit, im Thiere das Eigenthum seines Herrn, entgegentritt, und damit die Frage entsteht, ob zum Zwecke der Vertheidigung auch dieses Recht verletzt werden könne. Eine solche Verletzung findet aber den Grund ihrer Berechtigung nicht in der Nothwehr, wohl aber im Nothstande.

über die Stellung des Strafrechtes zur Ethik doch noch sehr wenig klar. Man führt allenfalls die Ethik als eine Hilfswissenschaft des Strafrechtes an und zieht sie zu Rathe, wo es darauf ankommt die Handlung als die nothwendige Form des Verbrechens wissenschaftlich zu erörtern. Im Uebrigen aber vermeidet man die Berührungen mit ihr so viel wie möglich, geleitet von der an sich richtigen Absicht das Strafgericht nicht zum Sittengericht werden zu lassen. Diejenigen aber, welche einseitig an dem Grundsatze festhalten, das Strafrecht habe es nur mit der Rechtsverletzung, nicht mit der unsittlichen Handlung zu thun, mögen bedenken, wie sie ohne die Unterschiede des dolus und der culpa, der Prämeditation, des Impetus u. s. w. fertig werden wollen, Unterschiede, mit denen sie fortwährend operiren, und die wahrlich nicht bloß der Rechtswissenschaft angehören, sondern der Ethik entnommen sind. Es kommt also auf Beantwortung der Frage an, mit welchem Rechte innerhalb der Rechtswissenschaft derartige ethische Begriffe eine Geltung in Anspruch nehmen können? Der Grund dafür liegt darin, daß die Rechtswissenschaft nicht selbständig neben der Ethik steht, sondern ihre Stelle innerhalb des Systemes der ethischen Wissenschaft hat. Darum haben für die Rechtswissenschaft wie für alle anderen Gebiete der ethischen Wissenschaft diejenigen allgemeinen ethischen Begriffe eine gleichmäßige Geltung und Bedeutung, welche innerhalb des Systemes der wissenschaftlichen Entwickelung der besonderen Formen des sittlichen Lebens nothwendig vorangehen. Daß dahin alle diejenigen Begriffe gehören, durch welche sich das Wesen des Verbrechens rücksichtlich seiner Form, nämlich als Handlung, näher bestimmt, der Ueberzeugung hat man sich freilich nicht zu entziehen vermocht. In viel geringerem Maße aber hat es die Doctrin bisher beachtet, daß solche allgemeine ethische Begriffe auch rücksichtlich des Inhaltes des Verbrechens wesentlich in Betracht kommen, und daß es in dieser Beziehung nicht genügen kann das Verbrechen etwa lediglich nach Qualität und Quantität des verletzten Rechtes bestimmen zu wollen. Allerdings ist dieser Punkt auch schon von der ältern Doctrin nicht unbeachtet geblieben, indem sie sich vielfach mit dem, was man als Quantität oder Moralität der Verbrechen bezeichnete, beschäftigte [2]). Die rationalistische Criminalpolitik des 18. Jahrhunderts war es, die auch in dieser Beziehung auf eine abstracte Scheidung von Recht

---

2) H. Grotius De i. belli et pac. II. 20. Pufendorf De i. nat. et gent. I. 7. 8. VIII. 3. Andreae De iusta delictorum et poenarum quantitate. Goetting. 1763. Püttmann Element. i. crim. §. 53. Koch Inst. iur. crim. cap. V.

und Moralität drängte, und darum in Rücksicht auf den Inhalt der verbrecherischen Handlung das Maß der Schuld nur nach dem angerichteten Schaden bestimmen wollte [3]. Gleichwohl enthält noch die Strafgesetzgebung des preußischen Landrechtes einen Abschnitt unter der Ueberschrift: „Moralität der Verbrechen," und nur äußere Rücksichten bewirkten es, daß er nicht einen viel bedeutendern Umfang erhielt [4]. Seit Feuerbach hat die Doctrin den fraglichen ethischen Grundsätzen entweder nur, so weit das positive Recht dazu Veranlassung gab, beiläufig bei der Erörterung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen, eine Beachtung zu Theil werden lassen, oder man hat ihnen, so weit sie im allgemeinen Theile berücksichtigt wurden, doch keine selbständige Stelle im Systeme angewiesen, was natürlich von nachtheiligem Einflusse für ihre Auffassung sein mußte. Den Anlauf, den Köstlin in der Unterscheidung der formellen und materiellen Zurechnung nahm [5], hat er im Systeme des Strafrechtes selbst wieder aufgegeben.

§. 20. Das Urtheil, daß die Beschädigung eines rechtlichen Gutes ihre Ursache in dem Willen eines Menschen habe, bezeichnen wir als Zurechnung, und nur die zurechenbare Beschädigung kann als Rechtsverletzung und Verbrechen erscheinen. Seine nähere Bestimmtheit aber empfängt dieses Urtheil theils durch das besondere formelle Verhältniß, in welchem die Beschädigung als Wirkung zum Willen als ihrer Ursache steht, theils durch den besondern Inhalt der Handlung, die in objectiver Beziehung als Rechtsverletzung, in subjectiver als eine sittliche Schuld erscheint.

---

3) Beccaria §. 24.
4) Vgl. oben Bd. I. S. 205.
5) Neue Revision S. 591.

Erstes Kapitel.

Das Verbrechen rücksichtlich seiner Form.

I. Der Ursprung des Verbrechens in der Freiheit.

§. 21. Nicht bloß das Strafrecht, sondern das Recht überhaupt hat die Handlung, damit also die Handlungsfähigkeit oder die Freiheit des Menschen zur Voraussetzung, und es kann deshalb nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, die Idee der Freiheit wissenschaftlich zu erweisen und gegen die entgegenstehenden Ansichten zu vertheidigen. Insofern aber die Rechtswissenschaft und insbesondere die Strafrechtswissenschaft allgemeine ethische Begriffe zu ihrer Voraussetzung hat, bedarf es hier einer Anknüpfung an diese [1]).

§. 22. Ist es das wesentliche Prädikat des Menschen frei zu sein, d. h. nicht bedingt zu sein durch Anderes, sondern in Allem was er ist und vollbringt nur aus und durch sich selbst zu sein, so ergiebt sich schon hieraus, daß die Freiheit nicht ein dem Menschen vom Schöpfer unmittelbar verliehener Zustand ist, sondern in einem fortschreitenden Prozesse der Selbstbefreiung besteht, der ebenso auch niemals zu einem ruhenden Zustande zu führen vermag. Anfang und Ziel dieser Entwickelung unterscheiden sich vielmehr nur dadurch, daß wenn im Anfange eine Reihe von Stadien zu durchlaufen sind, um allmälig aus einem Zustande der Unfreiheit zur vollen Kraft der Freiheit zu gelangen, am Ziele, wenn es überhaupt erreicht wird, der Mensch zu jener sittlichen Virtuosität gelangt, vermöge deren er in jedem einzelnen Willensacte mit einem Schlage und mit vollkommener Fertigkeit und Sicherheit alle Stadien jenes Befreiungsprozesses durchläuft und immer von Neuem seine Freiheit bethätigt.

---

1) Es möge hier im Allgemeinen und für alles Weitere verwiesen werden auf Rothe Theologische Ethik; Chalybäus System der speculativen Ethik; J. H. Fichte System der Ethik.

Die Voraussetzung und der Anfangspunkt der sittlichen Entwickelung ist also ein Zustand der Unfreiheit und natürlichen Bestimmtheit des Willens, in welchem er selbst nicht Wille ist, sondern sich als natürlicher Trieb darstellt. Giebt sich zwar der Wille im Triebe schon kund als ein Streben nach äußerer Bethätigung, so ist er doch in dieser Bethätigung unfrei, einmal, weil er seinen Inhalt als einen gegebenen vorfindet oder von Außen empfängt, sodann, weil er von der natürlichen Empfindung ausgeht und, bei dem Mangel der Intelligenz, der Kraft entbehrt in der Mannigfaltigkeit seiner Zwecke eins mit sich zu bleiben, und darum in jedem seiner Zwecke vollkommen aufgeht.

Von jener Voraussetzung der Unfreiheit und Naturbestimmtheit ausgehend ist der Ziel- und Endpunkt dieses ersten Stadiums der Entwickelung dies, daß der Trieb sich zum wirklichen Willen gestalte, indem der Mensch im Acte des Selbstbewußtseins im Unterschiede von der Welt sich als denkendes Ich erfaßt. Hiermit stellt sich der Wille dar als Willkür oder als die Kraft des Wählens, und zwar eben so sehr des Wählens zwischen den verschiedenen Zwecken, von denen das denkende Ich sich gleich sehr unabhängig weiß, wie zwischen dem Setzen und Vollführen des Zweckes überhaupt, oder dem Zurückziehen des Denkens in sich selbst, in das inhaltsleere Bewußtsein der Unabhängigkeit und Kraft der freien Selbstbestimmung. Mit der Willkür ist also die Möglichkeit, nicht die Wirklichkeit der Freiheit gegeben; die Möglichkeit, weil in der Willkür das Subject die Kraft erlangt hat sich jedem bestimmten Zwecke gegenüber als das reine, unbedingte und unbestimmbare Ich zu behaupten; nicht die Wirklichkeit, weil in der Willkür die Freiheit nur als die Negation des Bestimmtwerdens erscheint, und weil darum das Subject entweder in der thatenlosen Ruhe des Bewußtseins seiner Unbedingtheit verharren, oder die Möglichkeit des Nichthandelns aufgeben, zum Setzen des Zweckes fortgehen und jedes Gesetzte wieder negiren muß, um ihm gegenüber dadurch immer wieder seine Freiheit zu bethätigen.

Kommt es also zuerst darauf an aus der Naturbestimmtheit heraus den Willen in der Form der Willkür zu entwickeln, so

ist nunmehr das weitere Ziel der sittlichen Entwickelung dies, daß der Wille nicht dabei verharre sich in dieser negativen Freiheit zu behaupten, sondern daß das inhaltsleere Selbstbewußtsein sich mit dem entsprechenden Inhalte erfülle, daß die Intelligenz sich bilde und gestalte, indem das Subject die mannigfaltigen Anschauungen und Vorstellungen, die es theils als einen gegebenen Inhalt seines Bewußtseins aus dem Zustande der Naturbestimmtheit mit herübergenommen hat, theils in der Wechselwirkung des Selbstbewußtseins und Weltbewußtseins in sich aufnimmt, denkend zur Einheit zusammenfaßt und zur sittlichen Idee abklärt. Damit erscheint die Freiheit als eine positive und wirkliche, indem nunmehr das Subject aus seiner Intelligenz heraus Zwecke zu setzen und bestimmend und gestaltend in die Objectivität einzugreifen vermag. Wenn in solcher Weise der positiv freie Wille der gottebenbildliche darum ist, weil er aus der Innerlichkeit des Denkens heraus die Wirklichkeit schöpferisch gestaltet, so ist doch auch für ihn die Willkür ein wesentliches, und zwar das die Vermittelung zwischen dem Subject und der Objectivität bildende Moment, da ohne die freie Wahl des vernünftigen Zweckes und ohne die Möglichkeit das Entgegengesetzte zu wählen, der Wille auf die Stufe der Naturbestimmtheit zurücksinken würde, auf welcher er auch zufällig das an sich Vernünftige zu seinem Inhalte haben kann.

§. 23. Für den Ursprung des Verbrechens, als einer bestimmten Form des Unsittlichen und Bösen, ergiebt sich demnach Folgendes. Es hat seinen Ursprung nicht in dem unfreien natürlich bestimmten Willen, denn dieser ist die Basis, von welcher die sittliche Entwickelung ausgeht, die aber selbst außerhalb des sittlichen Prozesses liegt, oder sein Zustand ist zwar ein nicht sittlicher aber auch nicht ein unsittlicher. Wenn also der natürliche Wille in Allem was er wirkt nicht das Bestimmende, sondern Bestimmte ist, so ist jede seiner Wirkungen gleich zufällig, also möglicherweise eine beschädigende, niemals aber eine rechtsverletzende. Eben so wenig kann das Böse aus dem positiv freien Willen hervorgehen, der eben als solcher in jeder seiner Handlungen als gut und sittlich erscheint. Vielmehr hat das Böse

und damit auch das Verbrechen seinen Ursprung in der Willkür, kraft deren die in dem Wesen der Freiheit enthaltenen Momente, in eine diesem widersprechende Stellung zu einander treten. Die Sittlichkeit oder der Prozeß der Versittlichung geht aus von dem Zustande des natürlich bestimmten Willens, in welchem die Momente der Freiheit in dem umgekehrten Verhältnisse zu einander stehen, daß die Objectivität das bestimmende Princip, das Subject das Bestimmte, der Wille in der unfreien Form des natürlichen Triebes die Vermittelung bildet. Die normale sittliche Entwickelung, die aber selbst nur durch die eigene freie That des Menschen vollzogen werden kann, ist es, welche den Willen zur positiven Freiheit führt, vermöge deren das Subject aus seiner Intelligenz heraus vernünftige Zwecke zu setzen, durch die Kraft seiner Willkür zu vollführen und so die Objectivität zu bestimmen vermag. Aber so wie der Zustand der Naturbestimmtheit verlassen und die Kraft der Willkür erwacht ist, so liegt in der Willkür zugleich die Möglichkeit einer abnormen oder einer solchen Entwickelung, in welcher die wesentlichen Momente der Freiheit eine dieser widersprechende Stellung zu einander einnehmen. Kann diese Entwickelung an sich, ohne einen sie gewaltsam abbrechenden Act der Willkür nie zur positiven Freiheit und Sittlichkeit führen, so doch eben so wenig jemals zur Unfreiheit und Naturbestimmtheit des Willens, da sie in allen ihren Stadien und Aeußerungen auf einem Acte der Willkür und freien Wahl des Subjectes beruht.

Die angegebene abnorme Entwickelung und abnorme Stellung der Momente der Freiheit zu einander ist an sich selbst das Unsittliche oder Böse, das sich also als eine positive Negation der Freiheit und des Sittlichen, als ein sich selbst Negiren der Freiheit, als ein innerer Widerspruch darstellt. In dem Setzen dieses Widerspruches liegt im Gegensatze zu der Unschuld des natürlichen und zur Schuldlosigkeit des sittlichen, die Schuld des unsittlichen, bösen Willens. Diese Schuld setzt also zunächst voraus die freie Wahl des gesetzten Zweckes und die Möglichkeit anders zu wählen, die mit der Kraft der Willkür gegeben ist. Das sich selbst Negiren der Freiheit, ihr innerer Widerspruch

mit sich selbst, erfordert jedoch ferner, daß der Maßstab, an welchem die Handlung gemessen sich als böse darstellt, nicht bloß eine objective, sondern zugleich für den Handelnden eine subjective Geltung und Bedeutung habe. Setzt aber die Willkür wesentlich das sich seiner selbst bewußte, denkende Ich voraus, so ist hiermit dem Individuum zugleich die Möglichkeit gewährt durch die Entwickelung seiner Intelligenz, durch die Erziehung und Bildung seines Gewissens jenen objectiven Maßstab seines Wollens und Thuns in einen subjectiven zu verwandeln, eine Möglichkeit, die zur Wirklichkeit zu gestalten seine nächste sittliche Aufgabe und Pflicht ist. Es bezieht sich demnach die Zurechnung zuvörderst darauf, daß vermöge der angegebenen Voraussetzungen eine ihrem Inhalte nach böse, und näher rechtsverletzende, verbrecherische Handlung zugleich eine schuldvolle sei.

Anmerk. Kam es in Rücksicht auf die Folgerungen, welche sich hieraus für alles Weitere ergeben, darauf an, durch das Vorstehende nur den Standpunkt kurz zu bezeichnen, von welchem in der Behandlung der Zurechnungslehre ausgegangen werden soll, nicht darauf die Grundlagen der ethischen Wissenschaft von Neuem und selbständig wissenschaftlich zu erörtern, so muß auch der Kampf gegen die entgegenstehenden Ansichten, besonders den naturwissenschaftlichen Materialismus der Gegenwart, der nunmehr auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft sich geltend zu machen versucht[1]), lediglich der Philosophie überhaupt und der Ethik insbesondere überlassen werden. Freilich hat es bis in die neuste Zeit auch in der Strafrechtswissenschaft nicht an Solchen gefehlt, welche ohne die Freiheit glaubten auskommen zu können. Insoweit es sich auch bei ihnen um zu Grunde liegende deterministische und materialistische Ansichten handelt, verzichten wir gleichfalls auf eine Widerlegung, insoweit es sich aber um daraus entspringende rechtswissenschaftliche Folgerungen handelt, werden diese weiterhin im Einzelnen ihre Widerlegung finden. Daß das positive Strafrecht, und zwar eben so sehr das römische wie das deutsche seit der Carolina durchweg die menschliche Freiheit zu seiner Grundlage hat, bedarf keines erneuerten Beweises. In Betreff der irrthümlichen Ansicht, daß das ältere deutsche Strafrecht lediglich die vom Menschen verursachte objective Beschädigung mit Strafe bedroht habe, ohne Rücksicht darauf, ob

---

1) Vgl. Knapp System der Rechtsphilosophie. Erlangen 1857.

sie zugleich eine subjectiv schuldhafte Rechtsverletzung war, kann auf die Ausführungen von Wilda, Strafrecht der Germanen S. 146 flg., und von Köstlin, System S. 136 flg., so wie auf den ersten Band dieses Werkes verwiesen werden. Auch die alte Streitfrage: ob außer dem freien, menschlichen Individuum die juristische Person Subject des Verbrechens sein könne, könnte als eine erledigte übergangen werden, wenn nicht in neuster Zeit wieder Berner [2]) darauf zurückgekommen wäre die Corporation als mögliches Subject des Verbrechens zu betrachten, indem er die Corporation als solche nur darum nicht gestraft wissen will, weil das Strafrecht die der Corporation zu Grunde liegende Fiction, daß sie eine einheitliche Persönlichkeit sei, nicht zugeben dürfe. Den Einwand, daß Alles, was nicht in dem vom Staate gebilligten Zwecke der Corporation liege, nicht als der eigene Wille der Corporation betrachtet werden dürfe, glaubt er zu beseitigen, indem er darauf hinweist, daß ja auch der natürlichen Person das zugerechnet werde, was sie gegen die Gesetze des Staates gethan habe. Er übersieht hierbei den entscheidenden Punkt. Der natürlichen Person zeichnet der Staat allerdings die Zwecke vor, welche sie sich in ihrer Handlungsweise setzen darf, während sie vermöge ihrer Freiheit sich auch andere gesetzwidrige Zwecke zu setzen und sie zu vollführen vermag. Der juristischen Person setzt aber der Staat nicht bloß die Zwecke ihres Wollens, sondern er verleiht ihr, die an sich keine Freiheit und keinen Willen hat, zugleich auch für diese Zwecke durch eine Fiction die Willensfähigkeit selbst. Darum ist ihr nicht bloß wie der natürlichen Person das Gesetzwidrige verboten, sondern es fehlt ihr der Wille das Gesetzwidrige zu wollen und zu vollbringen.

II. Die Zurechnungsfähigkeit.

§. 24. Die Zurechnung einer rechtsverletzenden Handlung hat zu ihrer Voraussetzung die Zurechnungsfähigkeit, d. h. den Zustand des Menschen vermöge dessen er fähig ist die freie Ursache einer bestimmten Wirkung zu sein. Zurechnungsfähig ist aber nach dem Vorangegangenen derjenige Mensch, welchem die Möglichkeit zur Bethätigung der vollen, positiven Freiheit dargeboten ist, oder die Zurechnungsfähigkeit erfordert einerseits eben so sehr, daß die Willkür zur vollen Kraft ihrer Bethätigung

2) Lehre von der Theilnahme am Verbrechen S. 174 flg.

gelangt sei, wie andrerseits, daß die Intelligenz sich in dem Maße entwickelt und innerlich erfüllt habe, um zum bewußten Setzen sittlicher und rechtlicher Zwecke fähig zu sein. Beginnt die sittliche Entwickelung des Menschen nothwendig von einem vorangehenden Zustande völliger Unfreiheit des Willens, so wird die Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen, so lange der Mensch jenen ersten Zustand der Unfreiheit noch nicht durch das Erwachen des Selbstbewußtseins und der Willkür überschritten hat, oder wofern ein vorangegangener Zustand der Freiheit vorübergehend oder dauernd durch natürliche Einflüsse wieder aufgehoben wurde.

Unzurechnungsfähig ist hiernach der Mensch im Kindesalter. Es erreicht dasselbe in dieser Beziehung sein Ende in dem Augenblicke, in welchem mit der fortschreitenden körperlichen Entwikkelung Selbstbewußtsein und Willkür hervortreten. Setzt aber die volle Freiheit nicht bloß das inhaltsleere Selbstbewußtsein sondern ein bestimmtes Wissen, und näher die durch das Gewissen dargebotene Möglichkeit der Selbstbeurtheilung voraus, so folgt, daß die Zurechnungsfähigkeit überhaupt, nicht auch sofort entscheidet über die Zurechnungsfähigkeit auf einem bestimmten Gebiete des sittlichen Lebens. Der im Kinde erwachende Wille wird allerdings in der Regel bereits einen bestimmten durch die Erziehung und Gewohnheit ihm gegebenen sittlichen Inhalt vorfinden. Aber es wird sich dieser Inhalt überwiegend auf die sittliche Gestaltung des natürlichen und des Familienlebens beziehen, und selbst insoweit er darüber hinausreicht, wird er doch in der untergeordneten, der nur erst negativen Freiheit des Willens entsprechenden Form des sinnlichen Gewissens auftreten. Die Zurechnung der rechtsverletzenden, verbrecherischen Handlung, setzt dagegen voraus die Entwickelung des rechtlichen Gewissens. Es unterscheidet sich dieses von dem sinnlichen Gewissen einerseits formell, indem der Mensch das der eigenen Schuld folgende Uebel nicht mehr nur als die Gegenwirkung äußerer, natürlicher Mächte empfindet, sondern anstatt mit objectiven Mächten sich nunmehr mit Gesetzen in Wechselwirkung weiß, deren Dasein er im gesellschaftlichen Leben erfährt, und durch deren Aufnahme in sein Bewußtsein er sein Gewissen zugleich rücksichtlich des Inhaltes

fortbildet. Es wird daher das Kind in einem bestimmten Zeitpunkte seiner Entwickelung so weit zurechnungsfähig erscheinen können, um in der Familie und Schule gezüchtigt zu werden, und die Züchtigung als Folge seiner Schuld zu erkennen, während es dennoch vom Standpunkte des Strafrechtes aus noch unzurechnungsfähig erscheint. Andrerseits wird selbst die beginnende criminalistische Zurechnungsfähigkeit in Betreff desselben Individuums nicht sofort als eine allgemeine betrachtet werden dürfen, insofern weiter noch das bestimmte Maß der Einsicht und des rechtlichen Bewußtseins das die Zurechnungsfähigkeit rücksichtlich eines bestimmten Verbrechens voraussetzt, in Betracht zu ziehen ist, wonach der jugendliche Mensch möglicherweise in Betreff der einen strafbaren Handlung als zurechnungsfähig, in Betreff einer andern als unzurechnungsfähig zu betrachten ist. Vermöge der individuellen Verschiedenheit der intellectuellen und sittlichen Entwickelung der Menschen fordert es die Gerechtigkeit, daß die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit immer nur im concreten Falle in Betreff eines bestimmten Individuums, nicht abstract durch gesetzliche Fixirung eines Altertermines beantwortet werde.

Anmerk. So gewiß die Quellen des gemeinen Rechtes von jeher und ohne Ausnahme die Freiheit des Willens als Voraussetzung der Strafbarkeit einer Handlung betrachteten, so gewiß konnte ihnen auch der Einfluß des Alters und der geistigen Entwickelung auf die Zurechnungsfähigkeit nicht entgehen. Das römische Recht [1]) betrachtet das Kind unter sieben Jahren als völlig unzurechnungsfähig [2]), und gegen die Fixirung eines solchen Altertermines läßt sich nichts einwenden, wenn er, wie hier, nicht zugleich den Beginn der Zurechnungsfähigkeit allgemein feststellen soll. Bei dem Unmündigen, welcher infantia maior ist, soll dagegen die Zurechnungsfähigkeit lediglich im concreten Falle nach Maß der individuellen

---

1) Rein S. 206. Berner Imput. S. 103. Köstlin System S. 136.

2) L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2. L. 23. D. de furtis. 47, 2. L. 12. D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8. Sehr zu bezweifeln möchte es sein, ob die römischen Juristen wirklich, wie Berner a. a. O. und nach ihm Köstlin behauptet, durch die innocentia consilii, die sie dem Kinde zuschreiben, zwar seine Zurechnungsfähigkeit überhaupt haben anerkennen, die rechtliche aber negiren wollen.

Entwickelung festgestellt werden, so daß der Unterschied der infantiae und pubertati proximi lediglich als Grund der größern oder geringern Wahrscheinlichkeit erscheint [3]). Namentlich aber wird bei Beurtheilung der Zurechnungsfähigkeit des impubes auch die besondere Natur des fraglichen Verbrechens in Betracht gezogen [4]). Der Zeitpunkt der Pubertät wird dagegen als der absolut und allgemein bestimmte Termin für den Beginn der vollen rechtlichen auch criminalistischen Zurechnungsfähigkeit angesehen [5]). Das canonische Recht stimmt mit den angeführten Grundsätzen des römischen Rechtes durchaus überein [6]). Daß auch schon dem ältesten germanischen Strafrechte die Rücksicht auf die Unzurechnungsfähigkeit des Kindes nicht fremd war, ist unwiderleglich nachgewiesen [7]). Dagegen darf man sich durch den Umstand, daß hier wie überall sich schon im ältern germanischen Rechte die wesentlichen Momente eines entwickelten Strafrechtssystemes im Keime und in der Anlage vorfinden, nicht verleiten lassen die Rohheit des wirklichen strafrechtlichen Zustandes der germanischen Volksstämme zu leugnen [8]). Diese Rohheit giebt sich vor Allem darin zu erkennen, daß die freilich vorhandene und anerkannte Strafgewalt des Staates nicht nur durch eine ausgedehnte Befugniß des Verletzten zur Selbsthilfe und Rache beschränkt wird, sondern darum auch selbst den Character einer rächenden Gewalt noch nicht völlig abgestreift hat. Die Rache aber wendet sich ihrer Natur nach nicht gegen die subjectiv schuldhafte Rechtsverletzung, sondern gegen die Ursache der objectiven Beschädigung und trifft darum den Schuldigen wie den Unschuldigen, ja auch das willenlose Naturobject, wie etwa das Kind den Tisch schlägt an den es sich gestoßen. Es könnte nun freilich von einem Strafrechte der Germanen überhaupt nicht die Rede sein, wenn ihnen der Ursprung des Verbrechens im Willen und in der Freiheit

---

3) L. 23. D. de furt. 47, 2. L. 2. §. 19. D. vi bon. rapt. 47, 8. Gai. Inst. III. §. 109. 208. §. 10. J. de inut. stip. 3, 19. §. 18. J. de oblig. quae ex delict. 4, 1.

4) L. 111. D. de R. J. 50, 17. L. 22. pr. de leg. Corn. de fals. L. 7. C. de poenis 9, 47. Impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen, *quod intenditur*, cadere potest.

5) L. 30. D. ad leg. Iul. de adult. 48, 5. L. 38. §. 4. D. eod. L. 37. D. de minor. 4, 4. L. 1. C. si advers. delict. 2, 35.

6) C. un. Clem. de homic. 5, 4. C. 1. X. de del. puer. 5, 23. Diese von Berner Imput. S. 106 falsch verstandene Stelle spricht nur den Grundsatz des römischen Rechtes aus, daß der impubes nicht unbedingt unzurechnungsfähig sei, und daß bei Beurtheilung der Zurechnungsfähigkeit die besondere Natur des Delicts beachtet werden müsse.

7) Wilda Strafr. S. 640 flg.

8) Wie Walter Juristische Encyclopädie S. 364 mit Recht hervorhebt.

völlig unbekannt gewesen wäre, und wenn sich nicht wenigstens die Keime einer sich bildenden Zurechnungslehre vorfänden. Andrerseits wäre es aber auch wunderbar, wenn bei der großen Rolle, welche die Rache im germanischen Strafrechte noch spielt, die Folgen davon sich bei der Zurechnung nicht in der Art kundgeben sollte, daß die Rücksicht auf die objective Beschädigung die auf die subjective Schuld noch überwiegt. Dies ist nun allerdings auch bei der Frage nach der Zurechnungsfähigkeit der Fall. Es steht im germanischen Rechte hiernach zuvörderst der bis in die neuere Gesetzgebung reichende Grundsatz fest, daß die Verursachung einer Beschädigung die Verpflichtung zur Entschädigung nach sich ziehe, ohne Rücksicht darauf, ob die Beschädigung sich zugleich als schuldhafte Rechtsverletzung darstelle, und als solche zugerechnet werden könne [9]). Die Berücksichtigung der Zurechnungsfähigkeit überhaupt und der Zurechenbarkeit im concreten Falle konnte daher nur in dem Maße sich entwickeln, als das Wesen der öffentlichen Strafe im Unterschiede von der dem Verletzten zu gewährenden Entschädigung sich schied. Der Character der öffentlichen Strafe, wonach ihre Verhängung die Zurechnungsfähigkeit voraussetzt, macht sich freilich schon sehr früh, besonders in den nordischen Rechten, bei der Friedloslegung und schwereren Leibesstrafen geltend [10]). Ihnen ist also das Kind bis zu einem bestimmten verschieden bemessenen Lebensalter nicht unterworfen, und ihm werden in dieser Beziehung die Sinnlosen und Thoren gleichgestellt [11]). Dagegen trat im Wergeld und in den Bußen der Unterschied, wonach sie zum Theil die Bedeutung der Strafe, zum Theil die der Entschädigung haben, viel weniger hervor [12]), so daß auch das unzurechnungsfähige Kind einer wirklichen Bestrafung nicht bloß durch Geldbußen, sondern auch durch Strafen an Haut und Haar, wenn es sie nicht ledigen konnte, unterworfen war, und dies selbst dann noch, als sich in den Rechtsbüchern des Mittelalters bereits ein vollständiges System öffentlicher Strafen gebildet hatte [13]). Die italienischen Criminalisten schließen sich in Be-

---

9) Sächs. L. R. II. 40. §. 1. II. 65. §. 1. III. 3. III. 48. §. 1. Sächs. Weichb. 19. Schwäb. L. R. c. 151. §. 2. (Laßb.). Rechtsb. n. Dist. IV. c. 15. Preuß. A. L. R. I. 6. §. 41. Oest. Civ. G. B. §. 1310. Vgl. Hepp Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilr. Trummer Vort. I.

10) Vgl. Wilda a. a. O.

11) Heinrici IV. const. pac. Dei 1085. Sächs. L. R. II, 65. §. 1. III. 3. Schwäb. L. R. c. 151. Rechtsb. n. Dist. IV. c. 14. 15. Freib. Stiftungsbrief von 1120.

12) Früh schon im friesischen und nordischen Rechte. Vgl. Wilda a. a. O.

13) Das Sächs. L. R. spricht das Kind binnen seinen Jahren nur frei von Lebensstrafen, und wenn es noch nach dem Schwäb. L. R. c. 193 (Laßb.) Strafe an Haut und Haar leidet, so ist das Gleiche wohl auch für den Sach-

treff der Zurechnungsfähigkeit des Kindes gänzlich den Bestimmungen des römischen und canonischen Rechtes an, nur daß mitunter die Zeit vom 7. bis 14. Jahre halbirt und von 10½ Jahr an volle Zurechnungsfähigkeit angenommen wird [14]). Die Carolina berührt die Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Verbrechers nur beiläufig, wobei sie augenscheinlich die Grundsätze des römischen Rechtes als die geltenden voraussetzt und sich ihnen anschließt. Ohne Angabe eines bestimmten Alters wird der Jugend als möglichen Grundes der Straflosigkeit und also der Unzurechnungsfähigkeit gedacht [15]). Der Unmündige, und zwar ohne Erwähnung des Unterschiedes des infantiae und pubertati proximus, wird in Betreff des Diebstahls als zurechnungsfähig bezeichnet, nur daß für ihn eine Strafmilderung eintreten soll, wofern nicht im concreten Falle bei dem pubertati proximus „die Bosheit das Alter erfüllen" und dadurch der Grund der Strafmilderung wegfallen möchte [16]). Jedenfalls wird hieraus nach der einen Seite zu folgern sein, daß die Carolina, wenn sie in diesem Falle schon den impubes für zurechnungsfähig hält, mit dem römischen Rechte die pubertas als absoluten Termin für Beginn der Zurechnungsfähigkeit annimmt [17]). Nach der andern Seite spricht der Wortlaut des Art. 164. allerdings dafür, daß die Carolina den infantia maior überhaupt als zurechnungsfähig betrachtet, wogegen es doch sehr bedenklich erscheint die nur auf den Diebstahl des impubes sich beziehende Bestimmung in solcher Weise ausdehnend zu erklären. Ist sie sehr wahrscheinlich aus L. 23. D. de furt. entnommen, so kommt in Betracht, daß schon das römische Recht sehr geneigt ist den impubes im Gegensatz zu anderen Verbrechen, gerade in Betreff des Diebstahls und der Injurien für zurechnungsfähig zu halten, und daß die Carolina eine so bedeutsame Abweichung vom römischen Recht, wenn sie eine ganz allgemeine sein soll, wohl nicht so beiläufig erledigt haben würde [18]). Doctrin und Praxis wa-

---

fensp. anzunehmen. Auch bei Zahlung der Buße tritt die wirkliche Bestrafung darin hervor, daß sie nicht bloß dem Kläger, sondern auch dem Richter zu zahlen ist. Wenn das Schwäb. L. R. c. 157. §. 1. das Kind unter 7 Jahren auch von Buße freispricht, so möchte darin wohl schon ein Einfluß des römischen Rechtes liegen.

14) A. de Gandino Rubr. de penis reorum. Angel. Aret. Gloss. scienter dolose. Jacob. de Bellovisu I. c. 3. n. 14.

15) Art. 179.

16) Art. 164.

17) Woraus Berner a. a. O. S. 106 das Gegentheil folgern will, ist nicht einzusehen.

18) Vgl. Grolman Biblioth. des peinl. Rechts I. 47 flg. Roßhirt Entwickel. S. 82. Tittmann I. §. 122. Wächter I. S. 222. Heffter §. 50. N. 2. Luden Handb. I. S. 275.

ren im Zeitalter der Carolina allerdings sehr schwankend, denn während man einerseits sich streng an die Bestimmungen des römischen Rechtes anschloß[19]), neigte man sich andrerseits zu der Ansicht der Canonisten, welche c. 1. X. 5, 23. dahin verstanden, daß selbst das Kind unter 7 Jahren möglicherweise als doli capax strafbar sein könne[20]). Die gemeinrechtliche Praxis folgte in Deutschland entschieden den Grundsätzen des römischen Rechtes und erkannte namentlich die Unzurechnungsfähigkeit der Kinder unter 7 Jahren vollkommen an, wenn auch mitunter das Gericht selbst die der Familie zustehende Züchtigung übernahm[21]). Ein solches Züchtigungsrecht an unzurechnungsfähigen Unmündigen und Schwachsinnigen nahm auch das A. L. R. II. 20. §. 17., seinem Standpunkte entsprechend, für den Staat in Anspruch, wobei es schwerlich an andere als die der Familie und Schule zustehenden Züchtigungsmittel gedacht hat, während die Praxis daraus ein wirkliches Strafrecht machte, das bis zur Zuerkennung längerer Zuchthausstrafe gesteigert wurde[22]).

§. 25. Das preußische Strafrecht[1]) kennt einen festen Alterstermin, bis zu welchem das Kind unbedingt als unzurechnungsfähig erscheint, nicht. Es ist vielmehr für die criminalistische Zurechnungsfähigkeit das vollendete sechzehnte Lebensjahr in der Art zum entscheidenden Zeitpunkte gemacht, daß nach demselben die Vermuthung, wenn nicht das Gegentheil erwiesen, für die volle Zurechnungsfähigkeit ist, vor demselben aber eine solche Vermuthung weder für noch gegen die Zurechnungsfähigkeit streitet, weshalb die Frage, ob der noch nicht Sechzehnjährige mit Unterscheidungsvermögen gehandelt habe, in jedem besondern Falle zu untersuchen und zu beantworten ist. Wird die Unzu-

---

19) J. Clarus §. fin. quaest. 60.

20) Panorm. in c. 1. X. de delict. puer. Carerius tract. de homicid. homicid. ex quib. caus. excuset. n. 1—3. Damhouder c. 85.

21) Carpzow Pract. qu. 143. Leyser Medit. sp. 532. n. 1—3. Kress ad C. C. art. 164. art. 179. Quistorp I. §. 50. 51. Weder bei Carpzow noch Quistorp ist von einer öffentlichen Bestrafung der Kinder unter 7 Jahren irgend die Rede, wie dies Köstlin System S. 68. N. 5. behauptet, und gegen Abegg tadelnd hervorhebt.

22) Vgl. Mannkopff Preuß. Strafr. S. 10—11.

1) Strfgb. §. 42. 43. Vgl. Beseler Komment. S. 190 flg. Goltdammer Mat. I. S. 426 flg. Temme Lehrb. S. 157 flg. Oppenhoff zu §. 42. 43. Die früheren Entwürfe des Strafgesetzbuches hatten sämmtlich einen festen Termin, bis zu welchem die absolute Unzurechnungsfähigkeit reichen sollte, angenommen. Vgl. Goltdammer Mat. I. S. 356 flg.

rechnungsfähigkeit des Angeschuldigten festgestellt, so bleibt es dem richterlichen Ermessen überlassen, ob die erforderliche Züchtigung der Familie anheimgegeben oder in einer öffentlichen Besserungsanstalt vollzogen werden soll. Ist dagegen die Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten unter sechzehn Jahren erwiesen, so tritt für denselben eine Modification der gesetzlichen Strafen in der Art ein, daß sie entweder in gesetzlich bestimmter Weise gemindert wird, oder daß die Minderung derselben dem richterlichen Ermessen überlassen ist [2]).

Anmerk. Das Strafgesetzbuch hat die Bestimmung des §. 42. dem Code pénal Art. 66. entnommen, und namentlich auch den Ausdruck: „Unterscheidungsvermögen.“ Der etymologischen Bedeutung nach ist das Handeln mit Unterscheidungsvermögen nichts anders als das Handeln eines Zurechnungsfähigen, denn es bezeichnet ein Handeln mit der Fähigkeit des Handelnden einerseits sich selbst zu unterscheiden von dem gesetzten Zwecke, andrerseits zu unterscheiden zwischen den verschiedenen sich darbietenden Zwecken nach einem dem Subjecte selbst innerlich angehörenden Criterium, und das sind freilich die wesentlichen Momente der Zurechnungsfähigkeit. Es liegt in der Natur der Sache, daß mit jenem Worte nicht bloß die Zurechnungsfähigkeit überhaupt, sondern namentlich auch die criminalistische Zurechnungsfähigkeit bezeichnet werden sollte. Dem widerspricht es, wenn das Obertribunal annimmt, daß durch die Frage: ob der Angeschuldigte mit Unterscheidungsvermögen gehandelt habe? die weitere: ob er mit Zurechnungsfähigkeit gehandelt habe? nicht ausgeschlossen werde [3]). Es ist zwar richtig, daß durch Bejahung der erstern Frage, wie das Obertribunal annimmt, der nicht sechzehnjährige Angeschuldigte dem Erwachsenen gleichgestellt wird, aber dies doch nur in Bezug auf die Zurechnungsfähigkeit. Die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit würde nur dann eine Bedeutung haben, wenn die erstere Frage dahin ginge: ob der Angeschuldigte, trotz seiner Jugend, überhaupt fähig sei mit Unterscheidungsvermögen zu handeln, denn dann würde noch weiter zu fragen sein: ob er auch im concreten Falle als mit Zurechnungsfähigkeit handelnd zu betrachten sei? Da aber schon die Frage nach dem Handeln mit Unterscheidungsvermögen sich auf den concreten Fall bezieht, so ist durch ihre Bejahung nicht bloß das Alter, sondern auch jeder andere die Zurechnungsfähigkeit auf-

---

2) Davon weiter unten das Nähere.
3) Goltdammer Archiv I. S. 52. 53.

hebende Grund, der etwa auch bei Erwachsenen in Frage kommen könnte, mit ausgeschlossen. Der Fehler in der Entscheidung des Obertribunals hat aber darin seinen Grund, daß die Zurechnungsfähigkeit mit der Zurechenbarkeit verwechselt wurde[4]), denn das ist richtig, daß durch Bejahung des Handelns mit Unterscheidungsvermögen die Frage noch nicht erledigt ist: ob die Zurechnung der fraglichen Handlung nicht vielleicht ausgeschlossen werde in Folge der stattgehabten Gewalt oder Drohung. Eben so ist es richtig, daß durch die constatirte Zurechnungsfähigkeit noch nicht entschieden ist über die bestimmte Absicht, welche zum Thatbestande eines Verbrechens erfordert wird. Jedenfalls ist zu wünschen, daß durch eine Fixirung des Sprachgebrauches möglichen Irrthümern vorgebeugt werde, und daß also auch bei dem Erwachsenen, wenn Anlaß dazu vorliegt, gefragt werde: ob er mit Unterscheidungsvermögen gehandelt habe? damit nicht der Schein entsteht, als ob das Unterscheidungsvermögen des Menschen unter 16 Jahren, und die Zurechnungsfähigkeit des Erwachsenen verschiedene Dinge wären.

§. 26. Dem unzurechnungsfähigen Kinde stehen gleich alle diejenigen Menschen, welche vermöge anderweitiger Einflüsse den Zustand der völligen Unfreiheit des Kindes niemals überschritten haben, also namentlich 1) der völlig wild und ohne eine jede intellectuelle und sittliche Entwickelung Aufgewachsene, 2) der von Geburt an Blödsinnige und 3) der Taubstumme, insofern er vermöge dieses krankhaften Zustandes wirklich von jeder Erziehung und Entwickelung abgeschlossen blieb. Ebenso sind vorübergehend oder dauernd unzurechnungsfähig diejenigen, deren Willensfreiheit durch Geisteskrankheit wieder aufgehoben wurde. Wenn zwar das preußische Strafgesetzbuch (§. 40.) von den angeführten die Zurechnungsfähigkeit aufhebenden Gründen nur des Blödsinns und Wahnsinns gedenkt, so haben doch damit die anderen nicht ausgeschlossen werden sollen.

Anmerk. 1. Daß die gemeinrechtlichen Quellen im Allgemeinen

---

4) So einfach und klar dieser Unterschied ist, und so genügend der Begriff der Zurechnungsfähigkeit schon längst festgestellt ist, vgl. Abegg Lehrb. §. 89., Berner Imput. S. 35. 50., Köstlin N. Revis. S. 132. Syst. §. 49., so herrscht doch auch in der neuern Doctrin hierüber immer noch viele Unklarheit. Vgl. Bauer Lehrb. §. 117. Henke Handb. I. S. 329 flg. Feuerbach §. 84. und dazu Mittermaier Anmerk. II. Luden Handb. §. 32. Abhandl. II. S. 70 flg.

die Unzurechnungsfähigkeit derer anerkennen, welche vermöge natürlicher Einflüsse niemals zur Entwickelung ihrer Intelligenz und Willensfreiheit gelangt sind, oder aus dem Zustande der Freiheit in den der Unfreiheit und völligen Naturbestimmtheit wieder zurückgeworfen wurden, ist bekannt genug. Von einer dogmengeschichtlichen Entwickelung der Strafrechtswissenschaft kann in dieser Beziehung überhaupt nicht die Rede sein, und wenn früher die criminalistische Doctrin umsomehr mit diesen Zuständen der Unzurechnungsfähigkeit sich beschäftigte, je weniger ihr die Naturwissenschaft und Medizin hilfreiche Hand leisteten, so hat es doch für die Gegenwart kein Interesse, die mannigfachen Verirrungen der frühern Zeit kennen zu lernen. Für die Strafrechtswissenschaft kommt es nur darauf an, die Thatsache der in Folge solcher krankhaften Einflüsse eingetretenen Unzurechnungsfähigkeit anzuerkennen, die Entwickelung der wissenschaftlichen Grundsätze dagegen, nach welchen im concreten Falle zu untersuchen und zu entscheiden ist, ob ein in Folge jener Einflüsse eingetretener Zustand der Unzurechnungsfähigkeit vorliege, ist durchaus anderen Wissenschaften zu überlassen, und auf sie ist der Jurist zu verweisen, insoweit auch für ihn eine Kenntniß dieser Dinge von Interesse ist [1]).

Anmerk. 2. Der §. 40. des preußischen Strafgesetzbuches umfaßt theils Gründe, welche die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, theils Gründe, welche unter Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit die Zurechenbarkeit des Geschehenen aufheben, und diese letzteren kommen hier nicht in Betracht. In Betreff der ersteren weicht §. 40. von den Bestimmungen der früheren Entwürfe [2]) in der Beziehung ab, daß er nur den Wahnsinn und Blödsinn als solche Gründe nennt, während man früherhin neben Anführung einzelner Gründe zugleich die allgemeine Regel aussprach, daß wer „des Gebrauches der Vernunft“ beraubt sei, als unzurechnungsfähig betrachtet werden müsse. Wenn bis heut die Psychologie und Medizin es nicht vermögen alle möglichen krankhaften, die Freiheit des Willens ausschließenden und aufhebenden, Zustände anzugeben und wissenschaftlich genau zu unterscheiden, so konnte es auch das Gesetz nicht unternehmen sie namhaft zu machen, sondern mußte, wenn es sich mit der stillschweigenden Voraussetzung, daß jedes Verbrechen zu seiner Begehung die Freiheit und Handlungsfähigkeit erfordere, nicht begnügen wollte, nothwendig den allgemeinen Grundsatz aussprechen, daß eine jede Form der innerlichen

---

1) Die hierhergehörige Litteratur bei Kappler Lit. des Criminalr. S. 85 flg. 318 flg. 1165 flg. Vgl. Berner Imput. S. 108—162. Köstlin System S. 139—141. 147—154.

2) Goltdammer Mat. I. S. 346 flg.

Unfreiheit des Willens die Möglichkeit des Verbrechens ausschließe. Daneben mochte sich für die Praxis die beispielsweise Anführung einzelner solcher Formen empfehlen, um den allgemeinen Grundsatz dem Sprachgebrauche und den zur Zeit herrschenden Ansichten über die Verschiedenheit solcher Zustände der Unfreiheit näher zu bringen. Es ist daher nur zu bedauern, daß man schließlich von dem durch die früheren Entwürfe eingeschlagenen Wege abwich, und dem §. 40. eine dem Code pénal entlehnte Fassung gab, vermöge deren er, rücksichtlich der Gründe der Unzurechnungsfähigkeit, geradezu bedeutungs- und wirkungslos ist. Wenn §. 40. im Strafgesetzbuche nicht vorhanden wäre, so würden die Geschworenen, respective die Richter die Frage: ob der Angeklagte eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens schuldig sei, immerhin mit Nein beantworten müssen, wenn sie aus irgend einem Grunde von der Unzurechnungsfähigkeit desselben zur Zeit der That überzeugt wären, da die Frage nach dem Schuldig sich nicht bloß auf die Causalität überhaupt, sondern nothwendig auf die freie Causalität bezieht. Soll aber die Anführung des Blödsinns und Wahnsinns als Gründe der Unzurechnungsfähigkeit überhaupt eine Bedeutung haben, dann wird man §. 40. dahin interpretiren müssen, daß eine besondere Frage in Betreff der Unzurechnungsfähigkeit nur wegen behaupteten Blödsinns oder Wahnsinns an die Geschworenen gestellt werden dürfe, wogegen sonstige Gründe der Unzurechnungsfähigkeit nur bei Beantwortung der Hauptfrage in Betracht kommen und ihre Erledigung finden könnten [3]). Daß aber auch eine solche Auffassung dem Sinne des Gesetzgebers nicht entspricht, ergeben die Materialien ganz unzweifelhaft [4]), indem hiernach die Absicht nicht die war dem erkennenden Richter, der ebenso verpflichtet wie befähigt sei die Schuld und also auch die Willensfreiheit des Thäters zu prüfen, eine Verhaltungsregel zu geben, als vielmehr die Fälle zu bezeichnen, wo die Nichtexistenz des Verbrechens oder Vergehens so klar vorliege, daß die Verfolgung nicht einzuleiten oder die mündliche Verhandlung einzustellen sei. Demgemäß haben sich Doctrin und Praxis mit Recht dahin entschieden, daß durch §. 40. die dort nicht genannten Gründe der Unzurechnungsfähigkeit nicht haben ausgeschlossen werden sollen [5]). Eine Schwankung hat in der Praxis nur

---

3) Dies ist die an sich, und abgesehen von entgegenstehenden Gründen, ganz richtige Ansicht Stemanns. Die Fragestellung u. s. w. in Goltdammers Arch. II. S. 176.

4) Vgl. besonders Komm. Bericht der I. Kammer bei Goltdammer Mat. I. S. 355.

5) Beseler Komment. S. 180. Temme Lehrb. S. 174 flg. Goltdammer

in der Beziehung stattgefunden als es sich, unter Berücksichtigung der Art. 81. und 82. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 fragte: ob bei einer besondern an die Geschworenen in Betreff der Zurechnungsfähigkeit zu stellenden Frage es der Beifügung eines speciellen Grundes der Unzurechnungsfähigkeit bedürfe, oder ob eine nur allgemeine, und ohne Angabe eines solchen Grundes, gefaßte Frage genüge, für welche letztere Ansicht sich das Obertribunal schließlich mit Recht entschieden hat [6]). Wenn aber auch diese Ansicht den gesetzlichen Bestimmungen entspricht, so läßt sich nicht verkennen, daß die dagegen geäußerten Bedenken wohl begründet sind, da durch die besondere Frage: ob der Angeklagte mit Zurechnungsfähigkeit gehandelt habe, die Hauptfrage eine ganz andere Bedeutung erhält, indem, wenn diese bejaht, jene verneint wird, durch das ausgesprochene Schuldig, im Widerspruche zur rechtlichen Bedeutung des Wortes, nur das Causalitätsverhältniß zwischen dem Benehmen des Angeklagten und dem eingetretenen Erfolge, nicht aber die freie Causalität festgestellt wird. Die darin liegende Gefahr einer falschen Auffassung der Zurechnungsfähigkeit Seitens der Geschworenen, würde allerdings annähernd beseitigt werden, wenn stets der besondere Grund der angeblichen Unzurechnungsfähigkeit beigefügt würde [7]). Vielleicht möchte es sich auch gerade in dieser Beziehung empfehlen, überhaupt gar nicht nach der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten, sondern, dem Sprachgebrauche des Strafgesetzbuches entsprechend, nach dem Unterscheidungsvermögen desselben zu fragen.

§. 27. **Inwiefern durch die natürlichen Einflüsse der Trunkenheit und der Schlafzustände die Zurechnungsfähigkeit völlig aufgehoben werde, ist eine thatsächliche in jedem einzelnen Falle zu beantwortende Frage. Dagegen widerspricht es dem Wesen der Freiheit, den Affect, wofern er nicht in einen Zustand geistiger Krankheit übergeht und damit aufhört Affect zu sein, als Grund der Unzurechnungsfähigkeit zu betrachten, da die Freiheit aus und durch sich selbst nie zur Unfreiheit zurücksinken kann.**

Anmerk. 1. Bei der Trunkenheit kommt vor Allem in Betracht die feststehende Thatsache, daß durch den Trunk natürliche Einwirkungen

---

Mat. I. S. 403 flg. Vgl. die bei Oppenhoff zu §. 40. Not. 1. angeführten Urtheile.

6) Oppenhoff a. a. O.

7) Vgl. Bericht des Schwurgerichts-Vorsitzenden und des Ober-Staats-Anwalts zu Insterburg in Goltdammers Arch. II. S. 223 flg.

auf den menschlichen Organismus herbeigeführt werden, vermöge deren möglicherweise die Freiheit des Willens völlig aufgehoben wird. Das Maß dieser Einwirkungen auf den leiblichen Organismus und durch ihn auf das Bewußtsein und den Willen kann aber ein sehr verschiedenes sein, und es würde nur darauf ankommen dasjenige Maß festzustellen, durch welches die Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen wird. Obwohl aber die Wissenschaft es versucht hat bestimmte Grade der Trunkenheit näher zu unterscheiden und hiernach jene Frage zu beantworten [1]), so sind dies doch Versuche von so zweifelhaftem Werthe, daß sie höchstens dazu dienen können für die Beobachtung solcher Zustände und für die Entscheidung im einzelnen Falle Winke an die Hand zu geben. Die geringeren Grade der Trunkenheit kommen also bei der Frage nach der Zurechnungsfähigkeit nicht in Betracht, denn wenn auch sie schon einen Einfluß auf Bewußtsein und Willen ausüben, und der Wille durch diesen natürlichen Zustand thatsächlich bedingt erscheint, so fehlt ihm doch noch nicht die Kraft und Möglichkeit sich dieser Bedingtheit zu entziehen und frei zu handeln. In wie weit aber durch diese, die Zurechnung noch nicht ausschließende, größere Bedingtheit des Willens die Schuld und Strafbarkeit gemindert werde, ist hier nicht zu betrachten. Erreicht dagegen die Trunkenheit den Grad, welcher die Zurechnungsfähigkeit aufhebt, so steht, wenn diese Trunkenheit eine unverschuldete war, der Trunkene dem unzurechnungsfähigen Kinde und dem Wahnsinnigen völlig gleich. Ist dieser Grad der Trunkenheit ein verschuldeter [2]), so hat sie ebenso wie die in solchem Zustande begangene Rechtsverletzung, die Freiheit und Zurechnungsfähigkeit zu ihrer Voraussetzung, und es erscheint die Rechtsverletzung zwar nicht als eine beabsichtigte aber durch Fahrlässigkeit herbeigeführte, für welche der Thäter die

---

1) Vgl. Berner Imput. S. 122 flg.

2) Es lag sehr nahe, daß man in der ältern Doctrin die Trunkenheit immer nur als eine verschuldete ansah, und hieraus nach dem Vorgange des canonischen Rechtes — vgl. die höchst zahlreichen Bestimmungen der Pönitentialbücher und c. 7. 9. caus. 15. qu. 1. — die weiteren Folgerungen für die strafrechtliche Behandlung der Trunkenheit zog. Ang. Aret. Gloss. scienter dolose Jac. de Bellovisu I. c. 3. n. 15. P. Farinac. qu. 93. n. 1. Damhouder c. 84. n. 19. Tiraquel De poen. temp. caus. 6. n. 1 sq. Carpzow Pract. qu. 146. Dem schloß sich auch die Reichsgesetzgebung an, vgl. besonders R. Pol. O. 1530. Tit. 8. §. 1. 2. 1548. Tit. 8. §. 1. 1577. Tit. 8. §. 1—4. Die unverschuldete Trunkenheit berücksichtigt schon J. Clarus §. fin. q. 60. n. 11. und ebenso betrachten sie seit Böhmer Med. ad art. 179. §. 9. und Obs. 1. ad Carp. qu. 146. fast alle Neueren, wofern sie die Willensfreiheit ausschließt, als Grund völliger Straflosigkeit, vgl. Mittermaier im N. A. XII. S. 23 flg. Dagegen Tittmann I. §. 87.

Verantwortung zu tragen hat, denn hier wie in allen Fällen der Fahrlässigkeit erscheint zwar der rechtsverletzende Erfolg an sich als Wirkung des Naturcausalismus, während er mittelbar seine Ursache im freien Willen hat. Hieraus folgt von selbst, daß auch bei verschuldeter Trunkenheit von der Zurechnung solcher Verbrechen, welche die absichtliche Begehung zu ihrem Thatbestande erfordern, nicht die Rede sein kann. Die in der Doctrin seit lange und bis in die neuere Zeit herrschende Ansicht, daß die absichtlich zum Zwecke der Begehung eines Verbrechens durch Trunk herbeigeführte Unzurechnungsfähigkeit keine Berücksichtigung verdiene, oder wohl gar als Strafschärfungsgrund zu betrachten sei [3]), welcher Ansicht sich auch das A. L. R. II. 20. §. 22. angeschlossen hatte, ist bei den Berathungen über das preußische Strafgesetzbuch mit Recht als eine sich selbst widersprechende verworfen worden, da durch die Unzurechnungsfähigkeit der Causalzusammenhang des früher gefaßten Entschlusses und der That aufgehoben wird [4]). Gleichwohl wird auch in solchem Falle ein fahrlässig begangenes Verbrechen angenommen werden müssen [5]).

Anmerk. 2. Seit dem vorigen Jahrhundert wird ziemlich allgemein auch der Affect, wofern er einen bestimmten hohen Grad erreicht, als Grund der Unzurechnungsfähigkeit angeführt [6]). Daß also nicht jeder Affect die Zurechnungsfähigkeit aufhebe, wird anerkannt, und andrerseits mag es zugegeben werden, daß Seelenzustände vorkommen mögen, welche man nach dem äußern Anscheine als Zustände des Affectes bezeichnet, während sie in Wahrheit Zustände geistiger Krankheit sind, welche darum die Zurechnungsfähigkeit ausschließen. Wenn man aber den Affect neben den verschiedenen Formen der Geisteskrankheit anführt, so kann dies nur den Sinn

---

3) Carpzow Pract. qu. 146. Damhouder c. 84. n. 16. Feuerbach Kritik des Kleinschr. Entw. II. 80. Henke I. 323.

4) Goltdammer Mat. I. S. 351 flg. Vgl. Temme Lehrb. S. 178 flg.

5) Dagegen Temme a. a. O.

6) Die älteren Criminalisten berücksichtigen den Affect immer nur in Betreff der Strafzumessung, nicht als Grund der Unzurechnungsfähigkeit, und unterscheiden darum, ob der Affect ein verschuldeter oder unverschuldeter, gerechter war. J. Clarus §. fin. qu. 60. n. 6. P. Farinacius Qu. 91. n. 4. Tiraquel De poen. temp. caus. 1. Carpzow Qu. 147. n. 41 sq. Matthaeus De crim. I. c. 1. n. 3. Dagegen ist es Böhmer Obs. ad Carp. qu. 6. obs. 1. Med. ad art. 179. §. 8., welcher zuerst den Affect bedingungsweise als Grund der Unzurechnungsfähigkeit anführt, und nach ihm fast alle Neueren. Feuerbach §. 90. und Mittermaier §. 90 a. Martin §. 39. Henke §. 39. Abegg §. 89. N. 3. Heffter §. 52. Wächter §. 72. N. 42. Marezoll §. 28. Berner Imput. S. 116 flg. Köstlin N. Revis. §. 85. System S. 142. Dagegen Luden Handb. I. S. 282 N. 4. Ebenso erklärte man sich bei der Redaction des preuß. Strafgesetzbuches dagegen. Goltdammer Mat. I. S. 408.

haben, daß man darunter einen Zustand versteht, in welchen, unter Voraussetzung voller geistiger Gesundheit, ein Mensch durch Gefühlsaufregung versetzt worden ist. Wenn man nun einen sehr hohen Grad des Affectes als einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden betrachtete, so hat dies wohl seinen Grund darin gehabt, daß man von der richtigen Ansicht ausging, der Affect beschränke die Freiheit des Willens um so mehr, je mehr er sich selbst steigere, und hieraus folgerte, es müsse diese fortschreitende Beschränkung beim höchsten Grade des Affectes wohl auch nothwendig zur Aufhebung der Freiheit führen, ein Schluß, der, so viel Schein er für sich hat, dennoch durchaus unzulässig ist. Es ist freilich nicht zu leugnen, daß durch den Affect der Wille in einen Zustand der Bedingtheit versetzt wird, in welchem die Aufgabe völlig frei zu handeln viel schwieriger wird, als in dem affectlosen Zustande, und darum wird der Affect geeignet erscheinen das Maß der Schuld und Strafbarkeit geringer erscheinen zu lassen, wie es ja bei jedem Verbrechen eine wesentliche Aufgabe ist, das Verhältniß, in welchem Freiheit und Bedingtheit des Willens thatsächlich in der verbrecherischen Handlung gemischt waren, zu erforschen, um hiernach den Grad der Schuld und Strafbarkeit zu bestimmen. Aber wie groß auch thatsächlich dieses Maß der Bedingtheit des Willens sein mag, so ist doch, so lange die geistige Gesundheit eines zur Freiheit herangereiften Menschen die Voraussetzung ist, die Bedingtheit des Willens immer ein pflichtwidriges und schuldhaftes Sichbedingenlassen, und der nur graduelle Fortschritt in dieser Bedingtheit kann nie zur Unzurechnungsfähigkeit führen, wenn nicht ein Grenzpunkt überschritten wird, der den Zustand des freien aber thatsächlich in hohem Grade bedingten Willens qualitativ von dem des unfreien durch Geisteskrankheit der Naturnothwendigkeit unterworfenen unterscheidet, bei welchem von Affect nicht mehr die Rede sein kann. Es liegt jener Ansicht von der Wirkung des Affectes eine für das Strafrecht höchst gefährliche Anschauungsweise zu Grunde. Auch der vollkommene freie Wille hört ja niemals auf in all seiner Thätigkeit fortwährend durch die Naturnothwendigkeit, z. B. körperliche Einflüsse, bedingt zu sein, nur daß er seine Freiheit gerade bekundet, indem er keinen solchen natürlichen Einfluß zum Bestimmungsgrunde seines Handelns werden läßt, sondern ihn in seiner Intelligenz umbricht und zur natürlichen Voraussetzung seiner aus seiner Selbstbestimmung hervorgehenden Handlung herabsetzt. Von ihm unterscheidet sich der böse, verbrecherische Wille nur dadurch, daß er unter den gleichen ihn bedingenden Einflüssen stehend, mit der gleichen Kraft der Freiheit ausgerüstet, dennoch mit Freiheit seine Autonomie aufgiebt, und jene äußerliche Bedingtheit zum Bestimmungsgrunde seines

Handelns werden läßt. Darum erscheint freilich jedes Verbrechen als eine unfreie That insofern, als es die Wirkung nicht des autonomen, sondern heteronomen Willens ist, und diese Unfreiheit des bösen Willens ist allerdings auch wie die Freiheit des sittlichen Willens einer Entwickelung und Steigerung fähig, die weiterhin noch näher zu betrachten sein wird. Aber so wenig die Steigerung der Freiheit und Sittlichkeit jemals den Zustand des menschlich sittlichen Lebens überschreiten und in den qualitativ davon verschiedenen Zustand göttlicher Heiligkeit übergehen kann, eben so wenig kann die Steigerung im Bösen den bösen Willen aus und durch sich selbst, ohne die dazwischen tretende geistige Krankheit, zur absoluten Unfreiheit und damit zur kindlichen Unschuld zurückführen. In der entgegengesetzten Ansicht würde der Widerspruch liegen, daß die Sünde sich schließlich selbst aufhebe, und die Schuld in ihrer Steigerung ihre Entschuldigung finde. Für das Strafrecht liegt aber in solcher Ansicht die große Gefahr, daß dann aus der auf das Höchste gesteigerten verbrecherischen Schuld selbst auf die Unzurechnungsfähigkeit des Verbrechers geschlossen werde. Namentlich führt die Ansicht von der Aufhebung der Freiheit durch den Affect zu gefährlichen Consequenzen, die bereits gezogen worden sind. Es ist nämlich durchaus inconsequent, wenn zwar der Affect nicht aber die Leidenschaft in ihren höchsten Graden die Freiheit ausschließen soll. Freilich sind Affect und Leidenschaft wohl zu unterscheiden, da im Affect durch die Aufregung des Gefühles das Denken in seiner freien Bewegung gehemmt wird, während die Leidenschaft an sich, sofern sie nicht in den Affect übergeht, die ruhige Ueberlegung und verstandesmäßige Reflexion nicht beschränkt. Dagegen ist in der Leidenschaft das Böse in dem Maße ein Zuständliches geworden, daß trotz der Ueberlegung und trotz der Stimme des Gewissens dem Willen die Kraft gebricht der Leidenschaft Widerstand zu leisten. Wenn zur freien Handlung beides, der Denkact wie der Willensact gehört, so ist nicht einzusehen, warum, wenn der höchste den Denkact hemmende Affect die Zurechnungsfähigkeit ausschließen soll, die höchste den Willensact hemmende Leidenschaft nicht das Gleiche thun soll. Dies ist es, was, abgesehen davon, daß er Affect und Leidenschaft nicht richtig unterscheidet, Temme behauptet [7]), indem er dann folgerecht auch noch den bis zu gewissem Grade

---

7) Lehrbuch S. 176 flg. Es ist sehr zu wünschen, daß die Strafrechtswissenschaft nicht in solcher Weise dem naturwissenschaftlichen Materialismus der Gegenwart die Hand reiche, damit nicht abermals, wie in den zwanziger und dreißiger Jahren, hieraus ein für die Praxis sehr verderblicher Einfluß sich entwickele. Es ist für die Naturwissenschaft freilich nichts leichter, als überall die

gesteigerten Trieb überhaupt als Grund der Unzurechnungsfähigkeit behandelt. Inwiefern eine die Freiheit aufhebende Geisteskrankheit als natürliche Folge und Strafe der, auf den leiblichen Organismus zurückwirkenden Vertiefung und Verfestigung im Bösen eintreten könne, ist hier nicht zu untersuchen, insofern sie aber eintritt, ist sie es, nicht der Trieb, nicht Affect oder Leidenschaft, welche die Zurechnungsfähigkeit aufhebt. Wird dagegen zugegeben, daß ohne Geisteskrankheit die Freiheit sich selbst aufzuheben vermöge, so wird entweder diese Ansicht eine unpractische Hypothese bleiben, weil solche Fälle nicht vorkommen, oder es wird, wenn sie eine practische Wirksamkeit äußern soll, die Zurechnung überhaupt und damit die ganze Handhabung des Strafrechtes in Frage gestellt.

§. 28. Ist die Zurechnungsfähigkeit der Zustand des Menschen, in welchem er die Kraft besitzt, unabhängig von jeder ihn zwingenden Nothwendigkeit, aus sich selbst sich für einen besondern Zweck zu bestimmen, so schließen sich Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit gegenseitig vollkommen aus. Es kann daher zwar der Zustand der Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit möglicherweise in demselben Individuum in schnellem Wechsel auf einander folgen, so daß für die einzelne That die Frage: aus welchem dieser wechselnden Zustände sie hervorging, schwierig zu beantworten ist, wogegen niemals in Betreff derselbigen That ein Mischungsverhältniß beider Zustände, und ein daraus hervorgehender gradueller Unterschied der Zurechnungsfähigkeit zugegeben werden kann.

Anmerk. Lediglich der Irrthum, der darin liegt, daß man Zurechnung und Zurechnungsfähigkeit mit einander verwechselt, hat es veranlaßt, daß man noch bis in die neuste Zeit von Graden der Zurechnungsfähigkeit und von einer verminderten Zurechnungsfähigkeit spricht [1]). Das Urtheil, daß ein Mensch zurechnungsfähig sei, spricht nur aus, daß ihm die Möglichkeit frei zu handeln zukommt; ob dagegen dem Zurechnungsfähigen eine That wirklich zuzurechnen sei, oder ob die Zurechnung

---

natürliche Bedingtheit der Willensthätigkeit nachzuweisen. Aber diese Bedingtheit ist an sich kein Widerspruch gegen die Freiheit und hebt diese nicht auf, da umgekehrt der Mensch in der Freiheit die Kraft hat jene Bedingtheit aufzuheben.

1) Kleinschrod I. §. 53. Stübel System II. §. 411 flg. Tittmann I. §. 90. 91. Abegg §. 89. Anm. Mittermaier z. F. §. 94. N. 6. Stahl Rechtsphilosophie (2. Aufl.) II. 1. S. 140. II. 2. S. 539.

z. B. durch Gewalt, Irrthum, ausgeschlossen wird, und in welchem Maße dem Zurechnungsfähigen eine zurechenbare Handlung als seine Schuld zuzurechnen sei, das sind ganz andere Fragen. Es läßt also zwar die Zurechnung, nicht aber die Zurechnungsfähigkeit einen Gradunterschied zu, und man darf sich in dieser Beziehung auch dadurch nicht irre führen lassen, daß das geringere Maß, in welchem ein Verbrechen dem Thäter zur Schuld zugerechnet wird, oft seinen Grund in Momenten haben kann, welche hemmend auf die Willensfreiheit einwirkten. Wenn also z. B. die im Zorn über unverschuldet erlittene Mißhandlungen verübte Tödtung geringer als eine andere bestraft wird, so geschieht dies darum, weil auf den Affect, welcher hemmend auf Wissen und Wollen einwirkte, Rücksicht genommen wird; daß aber überhaupt gestraft wird, hat seinen Grund darin, daß der Thäter nicht, wie er vermöge seiner Zurechnungsfähigkeit konnte und sollte, jene Hemmnisse besiegte. Wenn daher das Obertribunal entschieden hat [2]), daß eine Frage wegen blos verminderter Zurechnungsfähigkeit den Geschworenen nicht vorzulegen sei, so würde diese Entscheidung unrichtig sein, wenn die Frage sich wirklich auf die Zurechnungsfähigkeit, über welche allein die Geschworenen zu urtheilen haben, bezöge; sie ist aber insofern richtig, als es sich gar nicht um die Zurechnungsfähigkeit, sondern nur um das Maß handelt, in welchem die That dem Thäter zur Schuld zugerechnet werden soll.

§. 29. Es ist das wesentliche Prädikat des Menschen, frei und vernünftig, das heißt zurechnungsfähig zu sein, und darum ist es auch auf dem Gebiete des Strafrechtes sein Recht zu fordern, als zurechnungsfähig behandelt zu werden, wofern nicht im besondern Falle die Unzurechnungsfähigkeit, welche nie als Vermuthung gelten darf, rechtlich festgestellt wurde [1]).

III. Die formelle Zurechnung.

§. 30. Nur die zurechnungsfähige Person vermag ihren Willen durch die That zu verwirklichen, zu handeln. Bevor also

---

2) Oppenhoff zu §. 40. N. 4.

1) Vgl. besonders Abegg §. 80. 81., namentlich auch rücksichtlich der Frage nach dem Beweise der Zurechnungsfähigkeit, wobei es sich von selbst versteht, daß die Vermuthung für die Zurechnungsfähigkeit für das Strafverfahren und den Beweis nicht die Bedeutung einer juristischen Präsumtion haben kann.

die Beschädigung eines rechtlichen Gutes irgendwie ihrem Inhalte und dem besondern Werthe nach, welchen sie durch diesen empfängt, in Betracht kommen kann, ist die nothwendige Voraussetzung die, daß sie einem Zurechnungsfähigen auch wirklich als Handlung zugerechnet werden könne. Es bezieht sich demnach hier die Zurechnung durchaus nur auf das rein formelle Verhältniß von Ursache und Wirkung, wonach zu bestimmen ist, ob dieses Verhältniß sich als Handlung oder Naturcausalismus darstellt. Gleichwohl bewegt sich das zu fällende Urtheil nicht bloß zwischen diesen beiden Alternativen, sondern empfängt, wofern es sich für die erstere entscheidet, seine nähere Bestimmtheit durch das Verhältniß, in welchem die verschiedenen im Wesen der Handlung liegenden Momente zu einander standen, so daß sich hiernach zugleich die Schuld der an sich zuzurechenden schuldvollen Handlung selbst verschieden gestaltet [1]).

§. 31. Die Handlung enthält als ihre wesentlichen Momente 1) eine in der Außenwelt eingetretene Veränderung, einen äußern Erfolg; 2) eine innere Willensbestimmung, und 3) das Verhältniß beider, wonach sie sich als Wirkung und Ursache auf einander beziehen. Diese innere Einheit und Zusammengehörigkeit des Erfolges und der Willensbestimmung ist es, welche für den Handelnden das Recht wie die Pflicht begründet, den Erfolg als den seinen und von ihm gesetzten sich zurechnen zu lassen. Aber eben diese die Zurechenbarkeit begründende Vermittelung von Erfolg und Willensbestimmung erscheint nicht in jeder Handlung als die gleiche und selbige, so daß sich in dieser Beziehung auch die Schuld der verbrecherischen Handlung verschieden gestaltet, und zwar in der Art, daß diese Schuld als die volle erscheint überall da, wo die Vermittelung von Wille und Erfolg sich nach allen Seiten als volle Einheit beider darstellt, daß sie dagegen in demselben Maße sich verringert, in welchem jene Einheit durch irgend ein dazwischentretendes Moment getrübt oder geschmälert

---

1) Ueber die Werthlosigkeit des Unterschiedes einer imputatio facti und iuris, so wie über das Verhältniß der juristischen und moralischen Zurechnung vgl. besonders Abegg §. 79.

wird. Dieses Moment, welches trennend in jene Einheit eingreift, gehört entweder dem Willen selbst, oder dem Erfolge, der That an, so daß die Grundsätze der formellen Zurechnung nach diesen beiden Seiten hin zu entwickeln sind.

1. Der Wille.

a. Der Vorsatz und die Absicht.

§. 32. Der Erfolg der menschlichen Handlung wird in keinem Falle allein durch den Willen des Handelnden bedingt, sondern zugleich auch durch die Mitwirkung natürlicher Mächte oder anderer Menschen, welche durch die Thätigkeit des Handelnden veranlaßt wurde. Daher stehen der Erfolg der Handlung und die Willensbestimmung, aus der sie hervorging, nicht nothwendig in dem Verhältniß stets eins und identisch zu sein. Wofern aber im gegebenen Falle wirklich eine solche Einheit in dem Sinne stattfindet, daß das Geschehene das Gewollte ist, so bezeichnen wir dieses Verhältniß des Erfolges der Handlung zum Willen als Vorsatz, oder der eingetretene Erfolg ist ein vorsätzlicher, indem er seinem ganzen Umfange nach als eine Wirkung erscheint, die ihre Ursache im Willen des Handelnden hat. Der Vorsatz erfordert daher, daß der Erfolg, bevor er handelnd ausgeführt wurde, für den Willen als das Auszuführende gesetzt war, und dieses Setzen ist die Sache des Denkens, das ein nothwendiges Moment jedes Willensactes ist. Indem wir den Erfolg nicht als Wirkung, die ihre Ursache im Willen hat, sondern als in sich abgeschlossene Thatsache, die in ihrer Wirklichkeit denkend vorher gesetzt und gesehen worden war, auffassen, so bezeichnen wir dieses Verhältniß des Erfolges zu der Denkthätigkeit des Handelnden als Absicht, und den Erfolg als einen absichtlichen, insofern seine Wirksamkeit eine vorher gedachte war.

§. 33. Für das Verhältniß von Vorsatz und Absicht ergiebt sich Folgendes. Von irgend einem Motive, das sich als das Bewußtsein oder die Empfindung eines seine Lösung fordernden Widerspruches darstellt, ausgehend, wird sich zuerst in einer denkenden Berathung, die im Beschlusse ihr Ende erreicht, die Ab-

sicht gestalten. Mit der Absicht ist aber sofort auch nothwendig der Vorsatz gegeben, denn wenn zwar die Gestaltung der Absicht eine reine Denkoperation ist, so ist doch deren Ergebniß, die Absicht, nicht bloß ein reiner Gedanke, ein gedachter Zustand, dessen Wirklichkeit dem Denkenden vielleicht wünschenswerth erscheint, sondern ein Gedachtes, das zugleich für den Willen als ein zu Verwirklichendes gesetzt ist, und in dieser Beziehung als Vorsatz erscheint. Wenn also durch die Absicht dem Willen die Thätigkeit denkend vorgesetzt wird, vermittelst welcher die Absicht ihre Verwirklichung finden soll, so wird es für den Vorsatz weiter noch wesentlich auf ein Erwägen und Beschließen rücksichtlich des practischen Verhaltens, namentlich auch der Mitwirkung natürlicher oder sonstiger menschlicher Kräfte, welche die Ausführung erfordert, ankommen. Dieses Erwägen und Beschließen kann aber eben so sehr dem in seiner Allgemeinheit bereits vorhandenen Vorsatze nachfolgen, so daß der Vorsatz erst hinterher sich mit dem entsprechenden concreten Inhalte erfüllt, wie es auch der Gestaltung des Vorsatzes und der Absicht voraufgehen kann, so daß dann möglicherweise die Rücksicht auf die Mittel der Ausführung und das Ausführbare von bestimmendem Einflusse auf die Absicht selbst ist, und der Vorsatz sofort, indem er gefaßt wird, als ein in sich vollendeter erscheint. Absicht und Vorsatz haben demnach einen verschiedenen Inhalt insofern, als die Absicht sich auf den Erfolg, der Vorsatz auf die Thätigkeit bezieht, durch welche die Absicht ihre Verwirklichung finden soll. Andrerseits sind Vorsatz und Absicht nothwendig auf einander bezogen, indem nicht bloß die Thätigkeit als solche, sondern als Ursache des beabsichtigten Erfolges vorgesetzt, und indem auch der Erfolg nicht bloß als eine Thatsache, sondern als eine durch die vorgesetzte Thätigkeit zu verwirklichende, beabsichtigt wird. Ist nun zwar das Vorgesetzte nicht bloß ein Gedachtes, sondern auch Gewolltes, das nicht bloß das Denken dem Wollen, sondern das der Wille, der im denkenden Subjecte mit dem Wissen eins ist, sich selbst gesetzt hat, so ist doch der Wille der Absicht und dem Vorsatze gegenüber noch immer insofern frei, als er von dem gefaßten Beschlusse zurücktreten, oder ihn modifiziren kann. Eine

solche Modification kann sich sofort gleich sehr auf die Absicht und den Vorsatz beziehen, aber es kann auch die Absicht sich ändern, während der Vorsatz derselbe bleibt, da dieselbe vorgesetzte Thätigkeit verschiedenen Absichten zu dienen vermag, obwohl auch in diesem Falle der Vorsatz insofern modifizirt erscheint, als er mit Bewußtsein auf die Verwirklichung einer veränderten Absicht bezogen wird. Umgekehrt kann die Absicht unverändert bleiben, während der Vorsatz sich anders gestaltet, weil dieselbige Absicht durch eine verschiedenartige Thätigkeit sich verwirklichen kann, nur daß wiederum auch die Absicht insofern mit berührt wird, als ein in anderer Weise sich verwirklichender Erfolg beabsichtigt wird. Absicht und Vorsatz bedingen sich also gegenseitig in der Art, daß es keinen Vorsatz ohne Absicht, keine Absicht ohne Vorsatz geben kann, und daß sie nicht bloß äußerlich und gleichgiltig neben einander, sondern in einer innern unlöslichen Beziehung zu einander stehen, mit andern Worten: es sind Absicht und Vorsatz nur die Bezeichnung der concreten Form, in welcher das Denken und das Wollen in der Handlung sich darstellen, und sie stehen darin zu einander in dem gleichen Verhältniß, in welchem Denken und Wollen überhaupt zu einander stehen. Die Verwirklichung des Vorsatzes und der Absicht, die beide nur der Innerlichkeit des Handelnden angehören, setzt aber endlich noch den von ihnen unabhängigen Entschluß voraus, mit welchem die durch die Absicht veranlaßte, durch den Vorsatz im Einzelnen bestimmte Thätigkeit beginnt.

Anmerk. 1. Die spätere technische Bedeutung des dolus hat sich bekanntlich in der römischen Jurisprudenz selbst erst aus der ursprünglichen concreten Bedeutung und Auffassung des dolus als eines wahrheitswidrigen, listigen Benehmens entwickelt [1]). Neben dem dolus als der allgemeinen Bezeichnung der Absicht, kommt dann aber nicht nur der Ausdruck proposito zur Bezeichnung des Vorsatzes im Unterschiede von der Absicht vor, sondern auch eine Reihe anderer Ausdrücke, welche den dolus näher in den concreten Formen, in denen er sich darstellt, characterisiren, wie consulto, sponte, data opera, fraude, sciens, sciens prudensque,

1) Rein S. 150 flg.

animo furandi, violendi, nocendi u. s. w. Wenn das germanische Strafrecht von jeher die freie Willensthätigkeit als wesentliches Moment des Verbrechens betrachtete, so konnte ihm natürlich auch das Wesen des Vorsatzes, d. h. gerade diejenige Willensbestimmung, welche rücksichtlich der formellen Zurechnung das volle Maß der Schuld darstellt, nicht fremd sein. Insoweit in den älteren germanischen Rechtsquellen des Vorsatzes besonders gedacht wird, ist freilich das wesentlichste Interesse dies, ihn gegen den Zufall abzugrenzen, nicht aber ihn von anderen Formen des Verhältnisses von Wille und Erfolg, namentlich also von der culpa zu unterscheiden, Unterschiede, deren Auffassung dem Bildungsstandpunkte jener Zeit viel schwieriger waren [2]). Wenn gleichwohl die Unterschiede des dolus und der culpa, der praemeditatio und impetus u. s. f. auch dem ältern germanischen Rechte nicht unbekannt sind, so mag bei manchen Volksrechten, z. B. dem westgothischen, wohl schon die Bekanntschaft mit dem römischen Rechte, überall aber gewiß sehr wesentlich das kirchliche Recht für die allmälige Entwickelung und Befestigung dieser Unterschiede mitgewirkt haben. Schon die altbrittischen, irischen und angelsächsischen Bußordnungen, in noch höherm Grade die fränkischen, unterscheiden sehr sorgsam die verschiedenartige Gestaltung der Willensbestimmung in der sündhaften Handlung, wenn auch freilich die Unterscheidung eine rein casuistische ist, und darum auch in den Ausdrücken die ganz concrete Auffassung sich kundgiebt. Die Absicht wird in der Regel durch contemptus im Gegensatz zur negligentia und ignorantia, durch odii meditatione oder odio im Gegensatze zur iracundia, weiterhin auch durch industria, intentio bezeichnet [3]). Aehnliche auf die concrete Erscheinung der Absicht sich beziehende Bezeichnungen finden sich in den Volksrechten und Capitularien. Ein wesentlicher Fortschritt in der Auffassung zeigt sich aber auch noch nicht in Rechtsbüchern des Mittelalters. Auch hier wird zwar der Vorsatz und die Absicht unter der Bezeichnung Dankes, von Willen, Frevel, Schuld, Vorsate, in einzelnen Fällen von der Fahrlässigkeit unterschieden, aber noch immer handelt es sich nicht um einen durchgreifenden, das Maß der Schuld verschieden bestimmenden, Unterschied, sondern es wird nach wie vor der Vorsatz als die regelmäßige Form der Begehung des Verbrechens angesehen, und nur casuistisch werden durch besondere Strafsatzungen einzelne Rechtsverletzungen, bei denen der Vorsatz fehlt, dem Gebiete des Zufalls entzogen, weshalb auch die strafrechtliche Behandlung der culpa eine

2) Wilda S. 545 flg. 578 flg.
3) Wasserschleben Bußordnungen S. 101. 104. 152. 173. 224. 538. 633. 636.

durchaus schwankende ist[4]). (Das Nähere unten). Die Glossatoren und italienischen Criminalisten schließen sich zwar in der Auffassung des dolus ganz den Quellen des römischen Rechtes an, aber diese selbst gaben Anlaß genug dazu, den dolus so sehr als die regelmäßige und ausschließliche Form der Begehung der Verbrechen zu betrachten, daß eine Bestrafung beim Mangel des Vorsatzes nur auf irgend einem Umwege zu rechtfertigen schien[5]). Diese Auffassung ging daher auch nach Deutschland über, als hier im Ausgange des 15. und Anfange des 16. Jahrhunderts das Strafrecht seine bedeutsame Umgestaltung erfuhr[6]), und namentlich entnahm die Carolina ihren, für die Begriffsbestimmung des dolus wichtigsten Artikel fast wörtlich den Quellen des römischen Rechtes. Wenn sie, wie in so vielen Fällen, nach dem Beispiele der Doctrin ihrer Zeit auch hier einen allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz, anknüpfend an ein besonderes Verbrechen, behandelt, so wird man daraus um so weniger folgern können, daß in allen Fällen, wo der dolus nicht ausdrücklich von der culpa unterschieden wird, nur die dolose Begehung des Verbrechens bestraft werden solle, als schon die älteren Criminalisten ihrer beiläufigen Erörterung des dolus und der culpa augenscheinlich eine allgemeine Bedeutung geben wollen, die späteren, wie Farinacius und Decianus, aber ausdrücklich diesen Unterschied als einen solchen darstellen, dem eine allgemeine strafrechtliche Bedeutung zukommt. Ganz entschieden ist dies bei den deutschen Criminalisten der Fall, obwohl sie noch lange Zeit dabei stehen blieben, den dolus als die dem begrifflichen Wesen des Verbrechens eigentlich allein entsprechende Form seiner Begehung zu betrachten[7]), eine Ansicht, die erst im 18. Jahrhundert allmälig verschwindet[8]). Ueber neuere Versuche zur frühern Ansicht zurückzukehren später. Die im Wesentlichen richtige

---

4) Sächs. Landr. II. 46. §. 4. III. 48. §. 2—3. 84. §. 3. 89. Schwabensp. (Laßb.) 155. 156. 157. 237. Weichbild 19.

5) Bartolus in L. 1. §. 1. D. Si quis aliquem 29, 6. in L. 53. pr. D. de furt. 47, 2. Die letztere Stelle wird bei den Glossatoren wie den Criminalisten immer als die Grundlage der ganzen Lehre angesehen. Baldus in L. 11. C. qui accus. non possunt 9, 2. Gandinus Rubr. de penis reor. Rubr. de homicid. Delictum non studiose commissum vocabulo et effectu criminis caret. Angel. Aret. Gloss. scienter dolose. Jacob. de Bellovisu III. c. 11. Jul. Clarus §. fin. quaest. 84. in princ. P. Farinacius quaest. 87. de poenis. temp. Tiraquel De poen. temp. caus. 14. n. 1. Decianus I. c. 4.

6) Richt. Klagspiegel §. von Manschlacht u. s. w. Wormser Reform. VI. 1. 21. Bamberg. Art. 172. C. C. C. art. 146.

7) Carpzow Pract. qu. 142. n. 30 sq. Leyser Sp. 154. med. 9 sq. Kress Comment. in C. C. C. ad art. 121. §. 5. n. 2.

8) Böhmer ad Carpz. Obs. 1. ad quaest. 142. Koch Inst. §. 12.

Auffassung des dolus erlitt eine eigenthümliche Modification unter dem Einflusse der Präventionstheorie, die ihrem Standpunkte gemäß die Kenntniß des Strafgesetzes und der durch dasselbe gedrohten Strafe, oder wenigstens die rechtliche Vermuthung einer solchen als wesentliches Moment des dolus fordern mußte[9]), was seine Nachwirkung in der Doctrin, selbst bei Gegnern der Präventionstheorie[10]), so wie auch in der Gesetzgebung noch bis heut äußert[11]). In wie weit eine Kenntniß des Strafgesetzes zur Begehung des Verbrechens erforderlich sei, oder präsumirt werden dürfe, ist oben erörtert worden. Aber so richtig es ist, daß eine verbrecherische Absicht ohne Bewußtsein der Rechts- oder Gesetzwidrigkeit nicht möglich ist, so gewiß gehört dies Bewußtsein nicht zum Wesen der Absicht, und so gewiß ist es falsch und verwirrend in die Grundsätze der formellen Zurechnung fortwährend die Rücksicht auf den verbrecherischen Inhalt der Handlung einzumischen[12]). In neuster Zeit hat sich die Auffassung des Vorsatzes und der Absicht besonders durch die Anregung, welche das verdienstliche Werk Berners gegeben hatte, mehr und mehr abgeklärt. Mit Berner stimmt in allen wesentlichen Punkten auch Köstlin überein, so daß in dieser Beziehung seine Polemik gegen Berner völlig grundlos erscheint. Wenn Berner[13]) die Absicht als den allgemeinen Gedanken bezeichnet, den der Handelnde in die Objectivität setzen will, den Vorsatz dagegen als die Richtung des Willens auf den einzelnen Punkt, welcher durch die Willensthätigkeit den Anstoß erhalten muß, aus welchem der gewollte Erfolg hervorgeht, so ist damit im Wesentlichen das bereits ausgesprochen, was Herrmann[14]) klarer und bestimmter dahin formulirte, daß die wesentlichen Momente jedes Willensactes, das Denken und das Wollen im engern Sinne, jenes in der Absicht, dieses im Vorsatze sich darstelle, so daß die Absicht das Wissen des Gewollten, der Vorsatz das Wollen des Gewußten sei. Wenn also Berner den Vorsatz auf die Thätigkeit, die Absicht auf den Erfolg bezieht, so ist dies an sich zwar richtig, jedoch ist damit der Unterschied nur in seiner äußern Erscheinung, nicht in seinem Grunde aufgefaßt. Darum kommt namentlich das Verhältniß von Vorsatz und

---

9) Feuerbach Revision II. S. 43 flg. Lehrb. §. 86. Kleinschrod I. §. 15. 16. Tittmann Handb. §. 92.

10) Abegg Lehrb. §. 83. Roßhirt Entw. S. 165. Heffter Lehrb. §. 64. 65. Mittermaier im N. A. VIII. S. 516 flg.

11) Bayer. Strafgesetzb. Art. 39. Hannöv. Art. 41. 84. Sächs. Art. 31. 63.

12) Vgl. Luden Handb. §. 34. Abhandl. II. S. 96. Berner Imput. S. 59 flg. Köstlin N. Revis. S. 619 flg. System S. 193 flg.

13) Theilnahme S. 66 flg.

14) Ueber Absicht und Vorsatz im A. 1856. S. 1 flg.

Absicht bei ihm nicht zur Klarheit, und die in dieser Beziehung herrschende Unklarheit wird, abgesehen von anderen Punkten, in denen sie sich äußert, noch besonders dadurch befördert, daß der Unterschied der Prämeditation und des Impetus lediglich auf den Vorsatz bezogen und entwickelt wird, bevor von der Absicht irgend die Rede war, während doch aus den oben entwickelten Gründen ein so bedeutsamer Unterschied in der Gestaltung des Vorsatzes die Absicht unmöglich unberührt lassen kann. Trotz seiner im Allgemeinen richtigern Auffassung von Vorsatz und Absicht ist aber Herrmann über das Verhältniß beider zu einander noch viel weniger zur Klarheit gekommen. Einerseits unterscheidet er nicht genügend den Vorsatz von der Willensthätigkeit selbst, während er doch nothwendig das vor aller Thätigkeit Gesetzte ist, andrerseits nicht von dem Entschlusse, woraus sich weitere irrige Folgerungen ergeben, so z. B. wenn er die Absicht fortdauern läßt, obwohl der Vorsatz aufgegeben ist, und wenn er den Vorsatz gleichsam mit absoluter Machtvollkommenheit über das Geschick der Absicht entscheiden läßt, während doch der beabsichtigte Erfolg nicht bloß durch die vorsätzliche Thätigkeit bestimmt wird, sondern eben so sehr sie bestimmt. Der Ansicht Berners haben sich in neuster Zeit auch Osenbrüggen[15]) und Temme[16]) angeschlossen, nur daß auch bei ihnen und besonders bei Osenbrüggen zugleich die Mängel derselben sich bemerkbar machen, auf die auch Herrmann hinweist.

Anmerk. 2. Nach langen und vielfachen Bemühungen die Unterschiede der formellen Zurechnung rücksichtlich der Willensbestimmung in gesetzlicher Weise festzustellen, hat man bei der Redaction des preußischen Strafgesetzbuches schließlich darauf verzichtet, irgend eine allgemeine Bestimmung der Art in dasselbe aufzunehmen[17]). In der That handelt es sich hier um ethische Begriffe, die ihrer Natur nach jeder legalen Feststellung entzogen sind, und nur unter besonderen Voraussetzungen könnte ein Bedürfniß nach einer solchen obwalten, z. B. wenn es ausdrücklich darauf ankäme, Irrthümern der Doctrin entgegenzutreten. Wenn natürlich das Strafgesetzbuch nichtsdestoweniger mit diesen Begriffen fortwährend operirt, so hat es also ihre Entwickelung lediglich der Doctrin überlassen zu dürfen geglaubt. Es könnte sich deshalb hier nur fragen, ob dasselbe vielleicht in seinen besonderen Strafsatzungen eine irgend eigenthümliche, von der

---

15) Die Brandstiftung S. 196 flg.
16) Ueber den unbestimmten Dolus im A. 1854. S. 215 flg.
17) Beseler Komment. S. 36 flg. Goltdammer Mat. I. S. 225 flg. Temme Lehrb. S. 240 flg.

herrschenden Ansicht der Doctrin abweichende Auffassung des dolus offenbare, was sich in keiner Beziehung wird behaupten lassen. Auch der Sprachgebrauch des Strafgesetzbuches ist in dieser Beziehung ein durchaus sachgemäßer. Seinem Wesen entsprechend wird das Wort „Vorsatz" „vorsätzlich" gebraucht, wo es darauf ankommt das Verhältniß des Erfolges zum Willen als seiner Ursache zu bestimmen [18]); das Wort „Absicht", wo das Verhältniß des Erfolges zu seiner gedankenmäßigen Auffassung bezeichnet werden soll [19]). Der Vorsatz wird ferner, wenn die vorgesetzte Thätigkeit nur vermöge einer bestimmten damit verbundenen Absicht strafbar erscheint, näher durch die Beifügung dieser Absicht, oder auch der Worte „rechtswidrig", „widerrechtlich", „unbefugt" [20]) characterisirt, wofern nur durch den im concreten Falle stattfindenden Mangel einer besondern Berechtigung die Thätigkeit sich als schuldhaft darstellt. Wo dagegen bei einer strafbaren Handlung die Möglichkeit des Vorsatzes auf der Voraussetzung der Kenntniß einer Thatsache beruht, wird der Vorsatz durch die Worte „wissend, wissentlich, wider besseres Wissen" bezeichnet. Ebenso wird auch die Absicht vielfach in ganz concreter Weise bezeichnet, indem die Art der Thätigkeit selbst durch Worte wie „anreizen, verleiten, verführen, lästern, verspotten" u. s. w. characterisirt wird, welche an sich zugleich eine bestimmte Absicht einschließen.

§. 34. Ist die Thätigkeit eine vorsätzliche nicht bloß darum, weil sie eine gewußte und gewollte d. h. freie ist, sondern weil sie vom Handelnden als Ursache auf den beabsichtigten Erfolg als Wirkung bezogen wird, so ist für die Frage, was als Vorsatz zuzurechnen sei, die Gestaltung der Absicht von entscheidender Bedeutung. Die Gestaltung der Absicht wird aber wiederum bedingt durch die Beziehung, in welcher der Handelnde sich den Erfolg zum Zwecke seiner Handlung denkt. Nicht der beabsichtigte Erfolg als solcher ist es, den der Handelnde will, sondern vielmehr er nur als das Mittel für einen weitern Zweck, für eine individuelle Befriedigung, die stets in der Lösung des Widerspruches oder Gegensatzes besteht, welcher, indem er in das Bewußtsein eintrat, hier den Willen zur Thätigkeit anreizte, oder

---

18) Z. B. §. 71. 85. 94. 95. 106. 107. 111. 113. 131. 138. u. s. w.
19) Z. B. §. 154. 215. 230. 241. 247 u. s. w.
20) Z. B. §. 210. 214. 280. 281. 317. 318.

das Motiv der Handlung bildete. In dieser Beziehung des Erfolges auf den Zweck der Handlung liegt die Möglichkeit für eine verschiedene Gestaltung der Absicht. In allen Fällen ist nämlich der Handelnde nothwendig sich dessen bewußt, daß die Wirklichkeit des Erfolges nicht allein durch seine Thätigkeit, sondern zugleich durch anderweitige thatsächliche Voraussetzungen und mitwirkende Ursachen bedingt wird. Die vorgesetzte Thätigkeit enthält daher immer nur die Bedingungen, aus denen der Erfolg als ein möglicher hervorgehen kann, und das Verhältniß, in welches der Handelnde diese Möglichkeit zu dem Zwecke der Handlung denkend gesetzt hat, bestimmt die Beschaffenheit der Absicht. Hiernach setzt der Handelnde entweder ausschließlich einen Erfolg als den seinsollenden, indem dieser allein als Mittel für den Zweck dienen kann und soll, und als solcher beabsichtigt wird — die exclusiv bestimmte Absicht (dolus determinatus). In diesem Falle ist nothwendig auch die Thätigkeit allein auf diesen Erfolg als auf ihre Wirkung bezogen, oder es ist der wirkliche Erfolg eben darum ein vorsätzlich herbeigeführter. Zugleich ist jeder andere mögliche Erfolg, mag seine Möglichkeit dem Handelnden bewußt geworden sein oder nicht, damit als ein nicht seinsollender gesetzt, und wenn ein solcher Erfolg wirklich wird, so war er, obwohl die Wirkung der Thätigkeit, doch im Bewußtsein des Handelnden nicht vorher als solche gesetzt, und kann deshalb, weil der Thätigkeit keine ursächliche Beziehung auf ihn gegeben war, nicht zum Vorsatze zugerechnet werden. Oder der Handelnde setzt mehrere verschiedene Erfolge, deren er sich als möglicher bewußt geworden ist, als solche von denen eventuell ein jeder sein darf, weil jeder gleichmäßig dem Zwecke als Mittel zu dienen vermag, — die eventuell bestimmte Absicht (dolus eventualis). Der Zweck erscheint also hier als ein Allgemeines, das mehrere individuell bestimmte Erfolge in sich befaßt, wogegen die Absicht nicht auf dies Allgemeine, sondern auf die einzelnen gleich möglichen Erfolge, von denen eventuell jeder sein darf, gerichtet ist, da die mangelnde Erkenntniß der verschiedenen möglichen Erfolge als einzeln bestimmter, in Betreff eines jeden derselben die Absicht überhaupt ausschließen

würde. Wenn also die mehreren möglichen Erfolge als einzeln bestimmte in der Absicht gleich sehr gelegen haben, so war auch im Bewußtsein des Handelnden seine Thätigkeit gleichmäßig auf jeden dieser Erfolge ursächlich bezogen, weshalb jeder dieser Erfolge, wenn er ein wirklicher wurde, als ein vorsätzlicher zuzurechnen ist. Dagegen ist auch in diesem Falle jeder sonstige Erfolg, der nicht als ein eventuell seindürfender in die Absicht aufgenommen war, von ihr damit als ein nicht seinsollender ausgeschlossen, und kann nicht als ein vorsätzlich herbeigeführter zugerechnet werden. Endlich aber kann der Handelnde diese beiden verschiedenen Gestaltungen der Absicht in der Art combiniren, daß er einen Erfolg als den seinsollenden, andere mögliche Erfolge zugleich als die seindürfenden darum setzt, weil zwar nur jener dem Zwecke als Mittel dienen soll, die eventuell beabsichtigten Erfolge ihm aber, wenn auch in geringerm Maße, zu dienen vermögen, oder bei Gelegenheit der Verwirklichung des seinsollenden Erfolges sich nicht vermeiden lassen. Daß auch hier jeder dieser Erfolge, wenn er wirklich wird, zum Vorsatze zuzurechnen, jeder sonstige Erfolg von ihm auszuschließen ist, ergiebt sich von selbst.

Anmerk. Der Beginn einer nähern Unterscheidung des dolus findet sich bereits bei den Glossatoren und italienischen Criminalisten. Der Unterschied des dolus verus und praesumtus, der bei ihnen vielfach erörtert wird, scheint zunächst freilich sich nur auf die Art des Beweises zu beziehen. Die Verschiedenheit in der Auffassung dieses Unterschiedes zeigt aber, daß ihm eine unklare Vorstellung des Unterschiedes theils des dolus determinatus und eventualis, theils der praemeditatio und des impetus, theils des dolus und eines mit culpa concurrirenden dolus zum Grunde liegt, woraus es sich zugleich erklärt, daß der dolus praesumtus eine Strafmilderung bewirken soll[1]). In der deutschen Strafrechtswissenschaft ist es zuerst Carpzow[2]), welcher, abweichend von seinem unmittelbaren Vorgänger Berlich, dem er im Allgemeinen mit so großer

---

1) Bartol. in L. 32. D. depositi 16, 3. Salycet. in L. 8. C. de pign. act. 4, 24. Menoch. de praesumt. V. praes. 3. n. 5. P. Farinacius qu. 87. de poen. temp. n. 4 sq. Decianus I. 1. c. 4.

2) Pract. qu. 1. n. 31. 32.

Treue folgt, den dolus als directus und indirectus näher unterscheidet, und hierbei auch nur Covarruvias als Gewährsmann anzuführen weiß. Auch bei ihm mangelt es an völliger Klarheit der Unterscheidung, welche wiederum sich auf die Verschiedenheit theils des Beweises, theils des impetus und der praemeditatio, vielleicht auch auf die des dolus und einzelner Fälle der culpa bezieht. Wenn Leyser[3]) die Unterscheidung des dolus directus und indirectus verwirft, so geschieht dies in der richtigen Einsicht, daß der dolus indirectus nicht genügend gegen die culpa abgegränzt worden war, wogegen er, indem er den dolus indirectus als animus nocendi bezeichnet, Anlaß gab zur Aufstellung des s. g. dolus generalis, über welchen sich der Streit bis in die Gegenwart erstreckt. Böhmer[4]) vertheidigt nicht nur Carpzows Unterscheidung des dolus directus und indirectus, sondern begründet dieselbe, so weit er sich in ihrer allgemeinen Erörterung bewegt, ziemlich richtig, indem ihm der dolus directus die exclusiv bestimmte Absicht, der dolus indirectus die eventuelle Absicht ist, als welche er sie ausdrücklich bezeichnet[5]). Ueberdies erklärt er sich ganz entschieden gegen die Annahme eines dolus generalis, da auch im Falle des dolus indirectus oder eventualis der dolus ein specialis, also z. B. nicht bloß auf Beschädigung, sondern, wenn auch nur eventuell, auf eine bestimmte Beschädigung gerichtet sei. Indem er aber seine Ansichten durch die Quellen zu begründen versucht, zeigt sich freilich, daß er dem dolus indirectus zugleich den impetus und selbst die Concurrenz von dolus und culpa subsumirt. Für die neuere Doctrin, in welcher die Verwirrung der ganzen Lehre sich mehr und mehr gesteigert hat, bildet die Nettelbladt-Glänzersche Dissertation die Grundlage[6]). Indem sie für den dolus indirectus nur das Bewußtsein der Möglichkeit des eingetretenen Erfolges fordert[7]), und nicht wie Böhmer, daß dieser Erfolg ein wirklich, wenn auch nur eventuell beabsichtigter sei, so ergiebt sich, daß sie dem dolus indirectus diejenige Form der culpa unterschiebt, bei welcher ein Bewußtsein der Möglichkeit des nicht beabsichtigten Erfolges stattfand. Die weitere Folge davon war, daß, da der dolus indirectus nicht als eine wirkliche, eventuelle Absicht er-

---

3) Med. ad Pand. spec. 597. n. 17. sp. 603.

4) Elementa iur. crim. I. §. 202. ad Carpz. qu. 1. obs. 2. Medit. ad C. C. ad art. 137. §. 4.

5) Essentia dolosi homicidii in voluntate procurandae mortis speciali consistit, quae vero vel pura vel eventualis esse potest. ad Carpz. l. c.

6) Diss. de homicidio ex intentione indirecta commisso. Halae 1756.

7) L. c. §. 16.

schien, nunmehr der dolus generalis wieder hergestellt und der abstracte animus nocendi als das eigentliche Wesen des dolus indirectus bezeichnet wurde [8]). Schließlich wird überdies auch noch der impetus als dolus indirectus bezeichnet [9]). Seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts beginnt nun der Kampf gegen die verworrenen Vorstellungen über den dolus indirectus, hauptsächlich in dem an sich richtigen Streben die in der bisherigen Auffassung desselben ineinander greifenden Formen des dolus und der culpa klar zu sondern [10]). Insbesondere hatte schon Püttmann, welcher wie seine Vorgänger die ganze Lehre nur in Bezug auf die Tödtung erörtert, nicht nur die Annahme eines animus occidendi indirectus durchaus verworfen, sondern auch ganz klar den animus occidendi purus s. simplex und den eventualis s. conditionalis unterschieden, wogegen er die nicht beabsichtigte aus einer beabsichtigten Verletzung erfolgte Tödtung, wie sich gebührt, der culpa zuwies [11]). Leider aber wich er in der Definition des animus eventualis von seiner eigenen Ansicht ab, indem er auch den als möglich nur gewußten Erfolg zum dolus eventualis rechnet, während er consequent nicht bloß das Wissen, sondern auch das eventuelle Beabsichtigen des Erfolges hätte fordern müssen, da ohne dieses, trotz des Wissens, nur eine Form der culpa, und zwar diejenige, welche man jetzt als luxuria zu bezeichnen pflegt, vorliegt. Indem man in solcher Weise dem Wissen eines möglichen Erfolges die Beabsichtigung desselben unterschob, kam man unbewußt immer wieder darauf zurück, den Unterschied der alten Italiener zwischen dolus verus und praesumtus einzumischen [12]). Auf den Standpunkt der Püttmannschen Auffassung mit ihren Mängeln stellte sich in der Lehre vom Todtschlage namentlich auch das preußische A. L. R. (II. 26. §. 806 flg.). Erst Feuerbach hat die ganze Lehre von der indirecten Absicht, wenigstens in jener ältern Auffassung, vollständig aus der Doctrin verdrängt [13]).

---

8) L. c. §. 20., wobei richtig auf den Urheber dieser Ansicht, Leyser, verwiesen wird.

9) Auf gleichem Standpunkte steht die Ansicht von Meister im N. A. I. S. 106 flg. Vgl. Eschenbach De dolo indirecto homicid. Rost. 1787. Steinmetz De imput. doli indirecti. Lips. 1789.

10) Klein Peinl. R. §. 120—123. Kleinschrod Syst. Entw. I. §. 19—23. Grolman Bibl. d. peinl. R. I. 1. u. 3.

11) De distinctione inter animum occidendi directum et indirectum e iur. crim. eliminanda. Lips. 1789.

12) Im Wesentlichen stehen auf demselben Standpunkte und verfallen denselben Fehlern Christiani Die Chimäre eines Todtschlags aus indirectem Vorsatze, im Kielschen Magazin vor d. Geschichte ꝛc. Hamb. 1787. I. 3. A. v. Hoff Ueber Verbrechen aus indirecter Absicht. Berlin 1791.

13) Betrachtungen über dolus und culpa und über den dolus indirectus

Seine eigenthümliche aus der Präventionstheorie entspringende Schuldlehre, welche folgerecht die Kenntniß des Strafgesetzes und das Bewußtsein der Entgegenhandlung gegen das Gesetz als wesentliche Voraussetzung der Strafbarkeit einer Handlung erscheinen ließ, brachte die Nothwendigkeit mit sich, die Strafbarkeit der culpa dem entsprechend eigenthümlich zu begründen. Er unterscheidet demnach namentlich zwei Formen der culpa [14]), Fahrlässigkeit mit Bewußtsein der Möglichkeit des strafbaren Erfolges, bei welcher eben dieses Bewußtsein die Strafbarkeit begründet, und Fahrlässigkeit ohne solches Bewußtsein, bei welcher der Vorsatz das die obligatio ad diligentiam auferlegende Gesetz zu übertreten, die Strafbarkeit begründen soll. Jene erstere Form der culpa löste also zunächst vom dolus indirectus die bisher demselben untergeordneten Fälle der luxuria los. Eine weitere Reihe von Fällen, welche bisher dem dolus indirectus untergeordnet worden waren, schied er aus durch die Aufstellung der s. g. culpa dolo determinata, d. h. Fälle der Concurrenz von dolus und culpa. Was hiernach vom dolus indirectus als Rest noch übrig blieb, das bezeichnete Feuerbach, dessen ganzer Schuldlehre die indirecte Absicht völlig widersprach, im Gegensatze zu der als dolus determinatus bezeichneten directen Absicht, als dolus indeterminatus s. eventualis, der nach der nähern Beschreibung augenscheinlich nicht bloß die eventuelle Absicht, sondern auch die Fälle des impetus mit umfaßt [15]). Die Feuerbachsche Ansicht ist bis in die neuere Zeit, und selbst bei denen, welche, seiner Strafrechtstheorie und Schuldlehre nicht folgen, die Grundlage geblieben, an der man nur im Einzelnen zu verbessern versucht hat. So wollte namentlich Weber [16]) dem dolus indeterminatus, den dolus alternativus und eventualis als Unterarten subsumiren, während der dolus alternativus augenscheinlich ein dolus eventualis ist, indem verschiedene mögliche Erfolge gleichsehr beabsichtigt werden, und nur die Entscheidung, welcher Erfolg eintreten möge, dem Zufall überlassen wird. Andere unterschieden den dolus determinatus, indeterminatus und eventualis als drei verschiedene Formen [17]), oder verwarfen den dolus indeterminatus

---

insbesondere, in Feuerbachs, Almendingens und Grolmans Bibliothek f. peinl. Rechtswissenschaft. II. S. 193 flg.

14) Die beiden anderen Fälle der culpa, die er auf Grundlage der Präventionstheorie anfangs noch erwähnte: culpa aus Unwissenheit des Gesetzes und aus unterlassener Reflexion über die Strafbarkeit der Handlung, hat er später im Lehrbuche fallen lassen.

15) Bibliothek u. s. w. S. 231. Lehrb. §. 59. N. 1.

16) Im N. A. 1824. S. 549 flg. Abegg Lehrb. §. 84.

17) Wächter Lehrb. §. 78. Heffter Lehrb. §. 65. Marezoll S. 110.

gänzlich [18]). In neuster Zeit hat dagegen besonders die Ansicht Berners, welcher auch Köstlin folgt [19]), da sie die ganze Lehre auf eine feste logische Basis zu stellen schien, vielseitige Anerkennung gefunden. Hiernach wird der dolus determinatus und eventualis in der Art unterschieden, daß sich jener auf die Kategorie der realen, dieser auf die der abstracten Möglichkeit gründen soll, so daß die Absicht eine bestimmte sein soll, wenn sie auf einen Erfolg gerichtet ist, der sich als nothwendig aus der vorgesetzten Thätigkeit ergiebt, dagegen eine eventuelle, wenn sie auf einen Erfolg gerichtet ist, welcher in Bezug auf die Thätigkeit sich als ein nur möglicher darstellt. Diese Begründung des Unterschiedes der bestimmten und eventuellen Absicht ist aber eine durchaus unhaltbare. In jedem Falle, in welchem ein Erfolg seine Ursache in der Thätigkeit des Handelnden hat, erweist er sich, weil er ein wirklicher ist, auch als ein nothwendiger d. h. als ein solcher, dem gegenüber die Thätigkeit des Handelnden in Verbindung mit den anderen durch sie in Bewegung gesetzten mitwirkenden Ursachen als die reale Möglichkeit, als die Totalität der Bedingungen der Wirklichkeit erscheint. Steht dagegen der wirkliche Erfolg zur Thätigkeit des Handelnden in dem Verhältniß, daß diese wirklich nur die abstracte Möglichkeit dieses Erfolges ist, so ist dieser darum ein zufälliger, der überhaupt nicht, am wenigsten zur Absicht zugerechnet werden kann. Hiernach kann auch jener Unterschied der Absicht nicht darauf beruhen, daß die Thätigkeit des Handelnden an sich die reale oder abstracte Möglichkeit des Erfolges gewesen wäre, sondern höchstens darauf, daß der Handelnde seine Thätigkeit einmal als diese, das andremal als jene Möglichkeit betrachtete. Es ist richtig, daß der Handelnde wohl oft einen Erfolg als das nothwendige Ergebniß seines Thuns ansehen wird. Wenn aber bei jeder menschlichen Handlung der Erfolg nicht bloß durch den Willen des Handelnden bedingt wird, so ist es an sich das allein Richtige, wenn der Mensch jeden beabsichtigten Erfolg nur als einen möglichen, der mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit eintreten wird, betrachtet, und damit ergiebt sich, daß jene vermeintliche Basis für den Unterschied der bestimmten und eventuellen Absicht auch in der Auffassung des Erfolges Seitens des Handelnden nicht vorhanden ist. Wer die bestimmte Absicht hat, Jemanden zu erschießen und ihm nach dem Kopfe zielt, wird sich der Möglichkeit zu fehlen oder nur eine nicht tödtliche Wunde beizubringen,

---

18) Luden Handb. §. 36.

19) Berner Imput. S. 184 flg. Theilnahme S. 120 flg. Köstlin N. Revis. S. 259 flg. System S. 194 flg.

wohl meist bewußt sein, obwohl, wenn der Tod eintritt, Niemand zweifeln wird, daß hier ein dolus determinatus anzunehmen sei; oder gehört es etwa, nach dem von Berner angegebenen Beispiele wesentlich zum dolus determinatus, daß die Pistole auf die Brust gehalten und nicht aus der Entfernung gezielt werde, um so die Möglichkeit des Fehlens auszuschließen? Selbst das Bewußtsein einer sehr geringen Wahrscheinlichkeit des Erfolges hebt das Wesen des dolus determinatus nicht auf. Jemand hat ausschließlich die Absicht, einen Andern durch Gift zu tödten, weiß aber, daß die Dosis Gift, die ihm zu Gebote steht, nur in seltenen Fällen unter besonders günstigen Umständen den Tod herbeiführt, und giebt das Gift in der alleinigen Absicht zu tödten und in der Hoffnung, daß der seltene Fall eintreten werde. Auch hier ist die Absicht eine ausschließlich bestimmte, und wenn statt des Todes nur eine Gesundheitsbeschädigung eintrat, die der Handelnde selbst für wahrscheinlicher hielt, so ist dies nicht, wie Berner annehmen müßte, das selbständige eventuell beabsichtigte Verbrechen der Gesundheitsbeschädigung, sondern der Versuch des allein beabsichtigten Mordes. Ganz unbegreiflich ist es, wie Berner den s. g. dolus alternativus als einen dolus determinatus betrachten kann. Wenn hier, wie Berner sagt, der Handelnde unter mehreren möglichen Erfolgen wenigstens einen als nothwendig ansieht, es aber dem Zufall überläßt, welcher eintreten werde, so heißt dies: er sieht keinen als nothwendig, sondern jeden als nur möglich an. Seine Thätigkeit ist also, nach seiner Auffassung, eben nicht die reale Möglichkeit irgend eines dieser Erfolge, denn von realer Möglichkeit ist nicht mehr die Rede, wenn nicht jedes Anderssseinkönnen ausgeschlossen ist, wenn der Zufall unter verschiedenen Möglichkeiten entscheiden soll. Es ist also der dolus alternativus gerade nach der Bernerschen Begriffsbestimmung mit dem dolus eventualis identisch, und wenn er von diesem ausgeschlossen werden soll, so ist nicht mehr wohl einzusehen, was das Wesen des dolus eventualis sein soll, wenn es nicht etwa, wie dies nach Berners Beispiel scheinen will, darin gesucht wird, daß hier der Zufall über das Eintreten oder Nichteintreten eines verbrecherischen Erfolges, über das Verlöschen des weggeworfenen brennenden Schwammes oder Entstehen eines Brandes, entscheiden soll. Aber es leuchtet ein, daß hier wie bei dem dolus alternativus zwei mögliche Erfolge als die seindürfenden gesetzt sind, von denen einer sein soll, wie denn überhaupt beim dolus eventualis stets verbrecherische und nicht verbrecherische Erfolge als die seindürfenden neben einander stehen können. Daß überdies bei der ganzen Frage die rechtliche und sittliche Bedeutung des beabsichtigten Erfolges nicht in Betracht kommen kann,

braucht Berner gegenüber nicht erst erinnert zu werden. Wenn also Berner sagt: „will der Handelnde die reale Möglichkeit des Erfolges, so will er, daß derselbe eintreten soll", so lag die Einsicht sehr nahe, daß es überhaupt nicht auf das Setzen des Erfolges als des nothwendig seienden, sondern als des seinsollenden ankommt, und daß ein Erfolg als der seinsollende gesetzt werden kann, obwohl er dem Handelnden durchaus nicht als der nothwendige erscheint. Eben darum aber ist auch die eventuelle Absicht nicht das Setzen des Erfolges als eines nur möglichen, sondern als eines seindürfenden. Wer um sich zu rächen auf den Andern schlägt mit dem Bewußtsein, daß die mögliche Verwundung ebenso wie die mögliche Tödtung gleichsehr seine Rache befriedigen wird, hat keinen der möglichen Erfolge als den seinsollenden, sondern jeden als den seindürfenden gesetzt. Aber freilich in diesem Sollen und Dürfen liegt die Beziehung der Absicht auf den Zweck der Handlung, und darum kann die verschiedene Gestaltung der Absicht nicht klar werden, wenn man diese Beziehung, wie Berner, ausdrücklich abwehrt, und den Zweck ebenso unvermittelt neben die Absicht, wie diese neben den Vorsatz stellt. Am wenigsten wird ihr Verhältniß zu einander dadurch klar, daß der Vorsatz als der dolus an sich, die Absicht als dolus in Beziehung auf sein Anderes, der Zweck als Rückbeziehung des dolus auf sich selbst bezeichnet wird. Sehr richtig hat schon Herrmann [20]) auf den wesentlichen Mangel in der Ansicht Berners hingewiesen, nur daß die ganze Sache dadurch nicht besser und klarer wird, wenn er den Kategorien der Nothwendigkeit und Möglichkeit, die der Wirklichkeit und Möglichkeit substituirt.

Die weiteren Folgerungen Herrmanns machen die näheren Erörterungen eines weitern Punktes nothwendig. Weber [21]) hatte es nämlich versucht den dolus generalis wieder zu restituiren, indem er unter diese Kategorie den Fall subsumirte, daß der beabsichtigte Erfolg einer Handlung nicht durch diese, sondern erst durch eine weitere in anderer Absicht unternommene Handlung herbeigeführt wird, also den viel besprochenen Fall, daß der beabsichtigte Tod nicht in Folge des in dieser Absicht unternommenen Würgens, sondern erst in Folge des Ertrinkens eintrat, indem der Thäter den vermeintlich durch das Würgen Ermordeten in der Absicht seine That zu verbergen in das Wasser warf. Daß in solchem Falle nichts Anderes als eine Concurrenz von dolus und culpa vorliegt, nämlich die eines Mordversuches und einer culposen Tödtung, bedarf nach Berners

---

20) a. a. O. S. 25 flg.
21) a. a. O. S. 578.

Erörterung[22]) keiner weitern Ausführung, und der Versuch Köstlins[23]), diesen dolus generalis gegen Berner zu vertheidigen, ist gänzlich verunglückt. In neuster Zeit hat aber wieder Krug es versucht den dolus generalis im Anschluß an die ältere Doctrin, und beschränkt auf Körperverletzung, Brandstiftung und gemeingefährliche Handlungen zu retten[24]). Nach ihm soll der dolus generalis sich dadurch characterisiren, daß er sich als der völlig unbestimmte ganz ins Allgemeine gehende animus nocendi darstellt. An Krug hat sich Herrmann (a. a. O.) in der Anerkennung des dolus generalis angeschlossen. Er unterscheidet die bestimmte und die (relativ) unbestimmte Absicht, deren Wesen in einer nicht genügenden Individualisirung des beabsichtigten Erfolges bestehen soll. Als Unterarten der unbestimmten Absicht unterscheidet er die in iure unbestimmte oder generelle Absicht, welche auf eine Allgemeinheit geht, die rechtlich unterschiedene Verbrechensarten in sich befaßt, und die in facto unbestimmte oder hypothetische Absicht, bei der die Unbestimmtheit auf dem im Bewußtsein des Handelnden reflectirten Zusammenhang seines Handelns mit der Hervorbringung eines verletzenden Thatbestandes in der Außenwelt beruht. Abgesehen von der kaum faßlichen Feinheit des Unterschiedes der generellen und hypothetischen Absicht, wird es wohl Krug so wenig wie Herrmann gelingen, die generelle oder unbestimmte Absicht in ihrem Sinne zu restituiren. Sie sind in ihrem Rechte denen gegenüber, welche bisher sich beschränkten ein Generelles, das bei der Gestaltung der Absicht in Betracht kommen könnte, zu negiren. Sie sind aber selbst im Unrecht, wenn sie die Absicht als eine generelle, unbestimmte bezeichnen wollen. Das Allgemeine, das bei dem dolus eventualis stets vorhanden ist, ist nämlich der Zweck der Handlung, welcher mehrere individuell verschiedene, mögliche Erfolge gleichsehr als ihm dienende Mittel umfaßt. Nimmermehr aber ist je die Absicht in dieser oder jener Weise eine generelle, denn wäre sie wirklich nur auf ein Allgemeines und nicht wesentlich auf die einzelnen möglichen Erfolge in der allgemeinen Bedeutung verschiedene Mittel für denselben Zweck zu sein, gerichtet, so kann auch keiner dersel-

---

22) Imput. S. 193 flg. Vgl. Mittermaier im A. 1841 S. 24 flg.

23) N. Revis. S. 264 flg. Im System übergeht er den dolus generalis mit Stillschweigen.

24) a. a. O. Seine litterarhistorische Entwickelung und Kritik der ganzen Lehre ist zum großen Theile ungenügend, weil ihm die Ansichten, besonders der älteren Criminalisten, selbst nicht völlig klar geworden sind, theils auch, weil er nicht überall richtig referirt. So z. B. schiebt er Böhmer die Annahme eines dolus generalis unter, während dieser sie ausdrücklich bekämpft.

ben als beabsichtigt zugerechnet werden, weil keiner denkend erfaßt war. Wohl kann der Fall vorkommen, daß etwa zwei mögliche Erfolge eventuell in die Absicht aufgenommen werden, wogegen ein dritter nicht vorher bedachter wirklich eintritt, der dann also als ein culposer vielleicht mit doloser Rechtsverletzung concurrirender zuzurechnen sein wird. Wer aber behaupten wollte: er habe den Andern mit einem Stocke geschlagen und weder eine unschädliche Mißhandlung, noch eine Gesundheitsbeschädigung, noch eine Tödtung, auch nicht eventuell dies oder jenes, sondern nur generell das Schlagen gewollt, den wird man, wenn es glaublich wäre, für unzurechnungsfähig halten müssen, da er sich als unfähig zum Denken erweisen würde, indem von Denken nur die Rede sein kann, wo das Gedachte ein durch das Denken Bestimmtes ist. Das Denken, das dem Handeln vorangeht, kann also zwar ein ungenügend bestimmtes sein, indem nicht alle Einzelheiten, die in der Allgemeinheit enthalten sind, bedacht wurden, woraus also etwa eine fahrlässige Handlung entspringen wird, niemals aber kann es ein unbestimmtes in dem Sinne sein, daß es im Allgemeinen absolut stecken bliebe, und nicht zum Denken irgend eines individuell Bestimmten fortginge. Herrmann selbst ist halb auf dem Wege dies anzuerkennen, indem er Krugs animus nocendi der allein folgerecht der generellen Absicht entspricht, bekämpft und wenigstens eine halbe Individualisirung desselben fordert.

Wenn man bis zu Feuerbach den näheren Unterscheidungen des dolus zugleich einen Einfluß auf das Maß der Schuld und Strafe beilegte, so war dies ganz folgerichtig, so lange dieselben zugleich Fälle der culpa, so wie den Unterschied der praemeditatio und des impetus mit umschlossen, wie denn auch jetzt wiederum Krug den dolus generalis rücksichtlich der Schuld und Strafe zwischen dolus und culpa stellen will. So wie sich dagegen diese Unterscheidungen wirklich nur auf Fälle des dolus, mit strenger Aussonderung alles nicht dahin Gehörigen, und auf die Art, wie die Absicht sich näher bestimmt habe, beziehen, so fällt jeder Grund weg, diesen Unterschieden irgend einen Einfluß auf das Maß der Schuld zu gestatten. Für die Strafrechtswissenschaft haben sie darum auch nur dies Interesse, daß es darauf ankommt diese verschiedenen Gestaltungen der Absicht wissenschaftlich zu erörtern, um für die Frage: ob im besondern Falle überhaupt ein Erfolg als ein absichtlicher zuzurechnen sei? die entsprechenden Normen darbieten zu können.

Wenn das preußische Strafgesetzbuch es nicht für erforderlich und rathsam hielt den für das Maß der Schuld so bedeutsamen Unterschied des dolus und der culpa gesetzlich zu fixiren, so konnte es natürlich noch

viel weniger daran denken, rein wissenschaftliche Unterscheidungen des dolus, die sich eben nur darauf beziehen, das allgemeine Wesen desselben auch durch seine besonderen Gestaltungen hindurch zu verfolgen und festzuhalten, in gesetzliche Form einzukleiden. Die langen Verhandlungen, welche bei der Redaction über diese Unterscheidungen geführt wurden, bevor man sich entschloß hier der Wissenschaft ihr Gebiet nicht zu schmälern, sind vielfach sehr lehrreich. Wenn Temme richtig bemerkt[25]: der preußische Richter stehe völlig frei da in seinem Urtheile über den dolus, und habe die freie Wahl zwischen den verschiedenen Ansichten, so kann man nur wünschen, daß nicht die Temmesche Ansicht gewählt werden möge, die ebenso in ihrer Begründung als in ihrer Polemik gegen andere Auffassungen haltlos ist, und nach allem Vorstehenden einer besondern Widerlegung nicht bedarf. Allerdings ist Temme's Polemik[26]) eine durchaus berechtigte, insoweit sie sich gegen das Unding einer unbestimmten Absicht wendet. Ob seine Ansicht[27]), die in neuster Zeit Anhänger gefunden[28]), und die man auch in der preußischen Praxis zu benutzen versucht hat[29]), daß nämlich der dolus in allen Fällen nur ein exclusiv bestimmter sei, allgemeine Geltung erlangen wird, muß der Zukunft überlassen bleiben. Gewiß hat der Kampf der Meinungen über die verschiedene Gestaltung des dolus viel Unheil gestiftet, und auch das mag zugegeben werden, daß in unzähligen Fällen, in denen nach einem dolus eventualis, alternativus, indeterminatus, generalis u. s. w. gesucht wurde, einfach ein dolus determinatus vorlag. Ja wenn eine derartige unlösbare Verworrenheit, wie sie bereits aus der gemeinrechtlichen Doctrin in die preußische verpflanzt worden ist[30]), anders nicht zu beseitigen wäre, möchte man freilich mit Zachariä wünschen, daß „dieser scholastische Kram ganz über Bord geworfen würde." So lange aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß dem Zwecke des Handelnden verschiedene mögliche Erfolge gleichsehr als Mittel zu dienen vermögen, so lange wird auch die Möglichkeit übrig bleiben, daß neben der exclusiv bestimmten Absicht eine eventuell

---

25) Temme Lehrb. S. 249.

26) Lehrb. S. 249. und Ueber den unbestimmten dolus im A. 1854 S. 206 flg. Ihm schließt sich an Zerbst im A. 1856 S. 214 flg.

27) Lehrb. a. a. O. und im A. 1854 a. a. O.

28) Zerbst im A. 1856 S. 214 flg. Zachariä in Goltdammers A. II. S. 302.

29) Vgl. den Fall in Goltdammers A. II. S. 342 flg.

30) Vgl. Jesse Ueber Versuch und Fahrlässigkeit u. s. w. in Goltdammers A. II. S. 492 flg.

bestimmte vorkommt, die dann von der Doctrin ihre wissenschaftliche Begründung fordert. In der preußischen Praxis ist außerdem noch von einer bedingten Absicht die Rede gewesen [31]). Es leuchtet ein, daß sie keine andere als eine exclusiv bestimmte ist, und daß, wenn sie verwirklicht wurde, der Umstand für die Zurechnung ganz gleichgiltig ist, daß nämlich der Handelnde die Verwirklichung seiner Absicht noch von Voraussetzungen abhängig machte, unter denen diese Verwirklichung ihm für Erreichung seines Zweckes erforderlich erscheinen würde.

§. 35. Aus dem Verhältniß des Vorsatzes und der Absicht ergiebt sich, daß sie sich durch eine berathende und beschließende Denkthätigkeit nothwendig gleichzeitig gestalten, wenn auch vielleicht der an sich vorhandene Vorsatz erst weiterhin mit einem concreteren Inhalte als dem allgemeinen, nämlich einer die Absicht verwirklichenden Thätigkeit, erfüllt wird. Jene Denkthätigkeit, welche im Berathen und Beschließen vorangeht, bevor sie im Entschlusse zur Willensthätigkeit hinübergeführt wird, ist darum für den Vorsatz wie die Absicht von entscheidender Bedeutung, so daß die besondere Beschaffenheit derselben von bestimmendem Einflusse auf die Zurechnung ist. Entweder nämlich war jene Denkthätigkeit im strengen Sinne des Wortes eine solche, d. h. sie äußert sich als eine von fremden Einflüssen unabhängige verständige Reflexion, als Vorbedacht, praemeditatio, oder sie äußert sich als eine natürlich bedingte und bestimmte in der Form der aufgeregten Empfindung, des Affectes, impetus. Im letztern Falle ist es also die Voraussetzung, daß alle wesentlichen Momente des Vorsatzes und der Absicht ebenso vorhanden seien, wie im erstern, daß aber die volle Einheit einerseits des Denkens und Wollens, andrerseits des Wollens und des Geschehenen, welche bei dem Handeln mit Vorbedacht vorliegt, hier durch ein dazwischen tretendes fremdartiges Moment gestört wird. Der Affect, welcher bestimmend und hemmend in die Freiheit des Denkens eingreift, trübt also einerseits den Vorsatz, welchen der Handelnde nicht nach seinem ganzen Umfange als einen ihm, dem denkenden Ich angehörenden, sondern zum Theil ihm fremden durch die

31) Goltdammers A. II. S. 351. III. S. 156. 157.

natürliche Empfindung gesetzten, ansieht, und eben so die Absicht, indem aus demselben Grunde und in gleichem Maße auch der Erfolg dem Handelnden als ein zum Theil fremdartiger entgegentritt [1]). Hieraus folgt, daß der beabsichtigte Erfolg einer vorsätzlichen Handlung, obwohl im Affecte gehandelt wurde, auch zur Absicht zugerechnet werden muß, weil durch den Affect die Freiheit des Denkens und Wollens und darum die Möglichkeit des Vorsatzes und der Absicht keineswegs aufgehoben wird, und ferner, daß gleichwohl in solchem Falle das Maß der Schuld ein geringeres als bei dem Handeln mit Vorbedacht ist, weil thatsächlich jene Freiheit eine durch den Affect bedingte und beschränkte war. Das Maß dieser Schuld wird nothwendig eine weitere Abstufung in Rücksicht auf das größere oder geringere Maß, in welchem der Affect bestimmend in die Freiheit eingriff, zulassen.

Anmerk. 1. Daß eine Handlung überhaupt zugerechnet wird, hat seinen Grund in der Zurechnungsfähigkeit des Menschen oder in der ihm gewährten Möglichkeit des freien Handelns, und diese Möglichkeit ist entweder vorhanden oder nicht, kann aber, wie angegeben, nie in ein Mischungsverhältniß mit der Unmöglichkeit treten. Das Maß dagegen, in welchem die Handlung zugerechnet wird, bestimmt sich, von anderen Momenten abgesehen, wesentlich in Rücksicht auf das Maß, in welchem die Freiheit sich wirklich bethätigt hat. In der einzelnen Handlung, und in den bei weitem meisten menschlichen Handlungen, seien sie gut oder böse, mischen sich allerdings Freiheit und Unfreiheit, Selbstbestimmung und Bestimmtwerden, in der mannigfachsten Weise. Namentlich ist jede verbrecherische Handlung als solche, ihrem Inhalte nach, der nicht dem intelligenten sittlichen Wesen des Menschen entnommen ist, eine unfreie, und andrerseits formell, weil der Zweck mit Freiheit gewählt wurde, eine freie, und die Schuld der That liegt gerade darin, daß der Zurechnungsfähige,

---

1) Es versteht sich von selbst, daß der im Affect Handelnde nicht etwa ein Moment seiner Thätigkeit als das ihm angehörende anerkennen, ein anderes als das ihm fremde von sich abweisen kann. Ohne seine Thätigkeit zu zerlegen, wird er die That in ihrer untrennbaren Einheit, einerseits als die seine anerkennen, weil er sich seines Vorsatzes und seiner Absicht bewußt ist und durch die Anschauung der That immer klarer bewußt wird, und andrerseits wird sie ihm fremdartig erscheinen, weil er zur verständigen Ueberlegung zurückgekehrt sich, als der im Affect Handelnde, selbst fremd erscheint.

trotz der Möglichkeit eine wahrhaft freie Handlung zu vollbringen, sich von der unfreien Begierde bestimmen läßt. Das volle Maß der Verantwortung wird daher den treffen, welcher, unter Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit zugleich wirklich in der Lage war sich rein aus sich selbst zu bestimmen, ohne daß irgend ein äußeres von seinem Denken und Wollen unabhängiges Moment, bestimmend auf ihn einwirkte. Anders verhält es sich beim Affect, der wesentlich ein von außen kommendes die Empfindung affizirendes Moment voraussetzt. Gleichgiltig ist es hier, wie dasselbe beschaffen sei, ob also z. B. der Zorn durch eine rechtswidrige Mißhandlung oder eine vollkommen gerechtfertigte Amtshandlung erregt wurde, und die Frage: in wiefern die besondere Beschaffenheit dieses äußern Anreizes auf das Maß der Verantwortung von Einfluß sei, gehört an einen andern Ort. Der Zustand des Affectes setzt also nothwendig ein affizirendes Moment voraus, das eben vermöge des Affectes bestimmend in die Freiheit des Denkens und Wollens eingreift. Ist nun freilich der Mensch ebenso befähigt wie verpflichtet den Affect niederzukämpfen und sich nicht durch ihn bestimmen zu lassen, und kann darum der Affect die Schuld der bösen That nie aufheben, so erscheint diese doch vermöge der Thatsache, daß er durch ein von außen kommendes Moment, welches das volle Gleichgewicht des Denkens und Wollens wie des Wollens und des Geschehenen störte, bestimmt worden ist, nothwendig geringer. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß der Affect von anderen Gemüthszuständen, mit denen er wohl oft verwechselt wird, bestimmt zu unterscheiden ist. Neigung, Hang, Leidenschaft bezeichnen das verschiedene Maß, in welchem das Gute oder Böse im Menschen ein zuständliches, eine mehr oder weniger fest begründete Macht, geworden ist. Diese Zustände aber, wenn sie auch bestimmend auf die Handlungsweise des Menschen einwirken, sind selbst ein Produkt seiner Freiheit, und die unter ihrer Einwirkung vollbrachte Handlung hat der Thäter in vollem Maße als die seine anzuerkennen, da es gleichgiltig ist, ob der Vorsatz erst im einzelnen Falle durch eine lange, mühsame Arbeit des Denkens und Wollens zu Stande kommt, oder ob er sich schnell und mit Leichtigkeit bildet, weil ihm in der vorhandenen Leidenschaft schon früher durch das Denken und Wollen vorgearbeitet war. Können zwar Affect und Leidenschaft zusammentreffen, so hat doch die Leidenschaft an sich mit dem Affecte nichts gemein, und namentlich schließt sie die verständige Ueberlegung und Reflexion in keiner Weise aus, wenn es auch freilich der Reflexion erschwert ist über die im Willen begründete Macht des Guten oder Bösen Herr zu werden. Das Handeln mit Vorbedacht, die Prämeditation, und das Handeln im Affecte, der Impetus, sind also,

da in beiden Fällen das Handeln ein vorsätzliches und absichtliches ist, die zwei besonderen Formen, in denen der dolus sich darstellt, von denen jene das volle, diese ein geringeres Maß der Verantwortung begründet.

Anmerk. 2. Das ältere römische Recht, das zur Zeit des ordo iud. publ. einen Unterschied des dolus und der culpa nicht kannte, sondern letztere vom Strafrechte völlig ausschloß, berücksichtigte eben so wenig den Unterschied des propositum und des impetus, vielmehr haben wir besonderes Zeugniß dafür, daß der impetus dem dolus völlig gleichgestellt wurde [2]). Erst allmälig bildete sich in der Doctrin, unter dem besondern Einflusse der stoischen Philosophie, der schon bei Cicero vorhandene Begriff des impetus als eines besondern Schuldgrades bestimmter aus, und erlangte in der Kaiserzeit eine positivrechtliche Bedeutung. So scharf und bestimmt der Unterschied des impetus von dem propositum bezeichnet wird [3]), so wenig geben die Quellen irgend eine begriffliche Entwickelung desselben, weshalb auch sein Verhältniß zum dolus und zur culpa nicht näher erörtert, sondern nur dahin bestimmt wird, daß er selbständig zwischen inne steht [4]). Dem ältern germanischen Strafrechte ist zwar eine nähere Unterscheidung und ethische Würdigung des vorsätzlichen Verbrechens nicht fremd, aber gerade die von dem Inhalte der Handlung und seinem sittlichen Werthe oder Unwerthe zunächst ganz absehenden Unterschiede der formellen Zurechnung lagen jener Zeit am fernsten. Konnte sich zwar der Unterschied des Handelns mit Vorbedacht und im Affecte der Beobachtung nicht völlig entziehen, und tritt er uns in den Quellen in dem Gegensatze des Zornmuthes, ira, iratus animus und des berathenen Muthes, hostiliter, praemeditate, vielfach entgegen [5]), so mischen sich doch in denselben sofort andere ethische Unterscheidungen, die später zu erörtern sein werden, in dem Maße ein, daß auch noch das ganze

---

2) Cicero orat. part. 12. Vgl. über die Entwickelung des impetus im röm. R. Abegg Comm. de antiquiss. Rom. iur. crim. Elvers Pract. Arbeiten S. 231—259. Köstlin Lehre v. Mord und Todtschlag I. S. 161—191. 193—224. Rein S. 210 flg.

3) L. 7. pr. D. depos. 16, 3. L. 6. §. 7. D. de re milit. 49, 16. L. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. sicar. 48, 8. L. 1. §. 5. D. eod. L. 38. §. 8. D. ad leg. Iul. adult. 48, 5. L. 11. §. 2. D. de poen. 48, 19.

4) Die römischen Juristen sind sich schwerlich völlig klar darüber gewesen, daß auch der impetus die wesentlichen Momente des dolus enthalte und diesem zuzurechnen sei, wie Luden Handb. S. 256 N. 6 annimmt. Noch vielweniger ist aber daran zu denken, daß er, ursprünglich dem dolus völlig gleichstehend, später als eine Form der culpa betrachtet worden sei, wie Köstlin a. a. O. und System S. 188, Rein a. a. O. behaupten.

5) Wilda S. 272. 560—562.

Mittelalter hindurch jener Unterschied zu keiner Klarheit und Bedeutsamkeit gelangt. Bestimmter, obwohl auch hier die im weltlichen Strafrechte herrschenden sittlichen Anschauungen sich vielfach einmischen, tritt die Bedeutung des impetus in den Pönitentialbüchern hervor, indem sie überall der meditatio, odii meditatio, industria, auf der andern Seite die ira, iracundia subita, den iratus animus und furor entgegenstellen, und als geringeren Schuldgrad behandeln [6]). Die italienischen Criminalisten nehmen den Begriff des impetus rein aus den Quellen des römischen Rechtes auf, indem namentlich auch die älteren den Unterschied des Vorbedachtes und des Affectes nicht bloß in Bezug auf die Tödtung erörtern, sondern ihm eine ganz allgemeine Bedeutung geben [7]). Daß es der Unterschied des Vorbedachtes und des Affectes ist, welchen die Bambg. und nach ihr die Carol. Art. 137. klar und bestimmt ausspricht, um ihn der Unterscheidung von Mord und Todtschlag zu Grunde zu legen, ist eben so wenig zweifelhaft, als daß das römische Recht hierbei die Quelle war, während die technischen Bezeichnungen „Mord" und „Todtschlag" dem deutschen Strafrechte entnommen und in einem ihrer ursprünglichen Bedeutung fremden Sinne benutzt wurden. Es bleibt dies, so lange nicht bisher unbekannte Quellen der Bambg. gefunden werden, ein sehr bemerkenswerthes Verdienst Schwarzenbergs, denn nicht nur boten ihm die in dieser Beziehung die zunächst liegenden deutschen Quellen, das Rechtsbuch Ruprechts von Freising, die Wormser Reformation, der richterliche Klagspiegel, keinen Anhalt, sondern auch die Italiener hatten bisher entweder dem Gegensatz von propositum und impetus nur eine sehr untergeordnete Beachtung geschenkt, oder, wie die späteren, ihm in seiner Anwendung auf die Tödtung wiederum fremde dem germanischen Rechte entnommene Elemente beigemischt. Ebenso blieb auch nach der Carolina ihre Unterscheidung zwischen Vorbedacht und Affect lange Zeit durchaus unverstanden. Die Doctrin vor Carpzow betrachtet den Mord im Sinne des ältern deutschen Rechtes, wobei besonders Clarus als Norm diente, als die heimlich, hinterlistig, mit Verrath begangene Tödtung, wogegen der Todtschlag als die einfache, nicht qualifizirte Tödtung aufgefaßt wird, mit welcher zu-

---

6) Wasserschleben Pönitentialbücher S. 104. 152. 173. 252. 506. 549. 632. 633. z. B. auch S. 113. . . si subito occiderit et non odio et amici fuerunt ante, sed instinctu diaboli per inreptionem etc.

7) Bartolus ad L. 11. D. de poen. 48, 19. Gandinus Rubr. de poenis reor. de homicid. Angel. Aret. Gloss. et appensate in civit. Iacob. de Bellovisu I. c. 13. Decian. IX. 19. J. Clarus §. homicid. Blancus Tract. de indiciis n. 53. Casoni Tract. maleficii praemeditati.

gleich die culpose Tödtung, Tödtung in Nothwehr u. s. w. verbunden werden [8]). Carpzow, obwohl er die Bestimmungen der Carolina ganz richtig versteht, kann sich gleichwohl der einmal herrschend gewordenen Ansicht so wenig entziehen, daß auch er unter Mord nicht jede prämeditirte Tödtung, sondern nur die heimliche, mit Auflauern verbundene des Straßenräubers versteht, und den einfachen Mord in der Strafe dem Todtschlage gleichstellt [9]). Ihm folgte sodann im Wesentlichen die Doctrin des 17. und 18. Jahrhunderts [10]), und namentlich war vom Unterschiede des Vorbedachtes und des Affectes als eines allgemein giltigen nirgends die Rede. In welcher Weise aber im 18. Jahrhundert die klare Aufstellung des impetus dadurch verhindert wurde, daß derselbe in dem vagen Begriffe des dolus indirectus mit aufging, ist bereits gezeigt worden. Erst Koch war es, welcher mit Entschiedenheit und mit richtigem Verständniß der Carolina den Unterschied des animus deliberatus und des impetus geltend machte [11]), und dem hierin das preußische A. L. R. folgte [12]). Seit jener Zeit ist freilich in der Doctrin das Wesentliche dieses Unterschiedes vollkommen anerkannt worden, wogegen man in der Begriffsbestimmung des impetus und rücksichtlich seiner Stellung im System noch vielfach schwankend war. Während Feuerbach ihn dem dolus indeterminatus subsumirte, zogen ihn Andere auf die Seite der culpa hinüber [13]), oder stellten ihn als eine selbständige Mittelstufe zwischen dolus und culpa [14]). Vorherrschend jedoch ist die richtige Ansicht, nach welcher der impetus und die praemeditatio als Unterarten des dolus einander entgegengesetzt werden [15]). Mag der impetus allerdings rücksichtlich der Schuld zwischen praemeditatio und culpa mitten inne stehen, so folgt doch daraus nicht, daß er auch seinem begrifflichen Wesen nach ein Mittleres zwischen dolus und culpa sein müßte, denn wenn, wie z. B. Köstlin zugiebt, der Vorsatz bei

---

8) Vgl. z. B. Perender H. Ger. Ordn. VI. Art. 35. Vigel Const. Carol. c. 7.

9) Carpzow Pract. qu. 7.

10) Vgl. z. B. Clasen Comm. in C. C. ad art. 137. Blumlacher Comm. ad C. C. art. 137. F. v. Fröhlichsburg Comment. tract. II. B. 2. tit. 1. u. 3. Kress Comment. ad art. 137. Böhmer ad Carpz. Obs. 1. ad qu. 7.

11) Inst. iur. crim. §. 455. 456.

12) Vgl. oben Bd. I. S. 222.

13) Christiani a. a. O. Schröter Handb. S. 112.

14) Roßhirt im N. A. VIII. S. 377. Jarke I. §. 28. Köstlin System §. 72. hat seine frühere Ansicht, N. Revis. §. 111. 112., nach welcher er den impetus vereinigt mit der luxuria benutzen wollte, um die indirecte Absicht in neuem Gewande zu restituiren, aufgegeben.

15) Mittermaier im N. A. II. S. 530 flg. Martin §. 34. Abegg §. 83. Heffter §. 66. Berner Imput. S. 181 flg.

dem impetus nicht fehlt, so kann er darum vom Vorsatz nicht ausgeschlossen werden, weil hier das erforderliche Wissen, das vorhanden ist, nicht „deutlich" ist. Der Streit zwischen Berner und Köstlin[16]) hat wohl dadurch zum Theil seine Erledigung gefunden, daß Köstlin seine Lehre von der indirecten Absicht aufgegeben, und halbwegs das Vorhandensein des Vorsatzes bei dem impetus zugegeben hat. Wenn Vorsatz und Absicht in dem angegebenen Verhältnisse der Untrennbarkeit stehen, so war es gewiß widersinnig, bei dem impetus eine Absicht anzunehmen, der es am Vorsatze fehlen soll. Aber so treffend auch Berner die Art, wie sich der Vorsatz unter dem Einflusse des Affectes gestaltet, schildern mag, so ist es doch ebenso einseitig, wenn er den Unterschied der Prämeditation und des Impetus entwickelt, bevor von der Absicht irgend die Rede war, da doch der Affect in gleichem Maße nicht nur auf die Gestaltung des Vorsatzes, sondern auch der Absicht einwirkt.

§. 36. **Das preußische Strafgesetzbuch hat den Unterschied des Handelns mit Vorbedacht oder im Affecte zwar nicht in allgemeiner Weise gesetzlich festgestellt, dagegen seine Bedeutung für das Maß der Schuld und Strafbarkeit in Bezug auf das Verbrechen der Tödtung vollkommen anerkannt, und ihn als ein Handeln „mit Ueberlegung" oder „nicht mit Ueberlegung" bezeichnet[1]). Ist er in solcher Weise als ein wesentlicher Unterschied der Zurechnung, dessen nähere Entwickelung der Wissenschaft überlassen bleibt, anerkannt, so folgt daraus, daß er eben so sehr bei anderen Verbrechen, bei welchen er im Gesetze nicht besonders erwähnt wird, gleichwohl rücksichtlich des Maßes der Schuld eben so sehr zu beachten ist.**

Anmerk. Wenn das Streben des Gesetzbuches: ethische Begriffe nicht ohne ganz besondere Veranlassung durch legale Definitionen feststellen zu wollen, gewiß nur als ganz richtig anerkannt werden muß, so folgt daraus, daß das Gesetz einen Unterschied, der für die Zurechnungslehre von allgemeiner Bedeutung ist, nur in Betreff eines besondern Verbrechens ausdrücklich zur Geltung bringt, noch nicht umgekehrt für die Wissenschaft, daß sie in gleicher Weise verfahren müsse. Die Voraussetzung, von der das Strafgesetzbuch ausgeht, ist die allgemeine Bedeutung des Gegensatzes von Prämeditation und Impetus, eine besondere Veranlassung, ihn bei einzel-

16) Köstlin N. Revis. S. 224 flg. Berner Theilnahme S. 100 flg.
1) §. 175. 176.

nen Verbrechen hervorzuheben, liegt darin, daß es, wie bei Mord und Todtschlag, darauf ankommt, ihn zur Basis für die Bestimmung verschiedener Strafarten zu machen, oder auch, wenn es vielleicht darauf ankäme, bei derselben Strafart ihn durch ein so verschiedenes Maß derselben Strafart zu berücksichtigen, daß die Zusammenfassung beider Formen der Begehung des Verbrechens in eine relative Straffatzung dem richterlichen Ermessen einen zu weiten Spielraum lassen würde. Hieraus folgt, daß auch ohne besondere Erwähnung des Gesetzes dennoch in allen geeigneten Fällen, und soweit die relativ bestimmte Strafe oder auch die Zulässigkeit von Milderungsgründen es möglich macht, der Richter ebenso berechtigt wie verpflichtet ist, den Unterschied des Vorbedachtes und Affectes zu berücksichtigen. Wenn Temme, ebenso wie er den Unterschied des dolus determinatus und eventualis leugnet, behauptet, daß praemeditatio und impetus für den dolus gleichgiltig seien[2]), und nur in einem andern Gebiete des Strafrechtes, dem der Zumessung der Strafe in Betracht kommen könnten, so ist die Frage, warum jener Unterschied „eine größere oder geringere Strafwürdigkeit begründet" eben die hier und nirgends sonstwo zu beantwortende. Oder sind etwa alle übrigen Grundsätze der Zurechnungslehre für die Strafwürdigkeit und Strafzumessung gleichgiltig? Wenn Temme später bei dem Affecte, wegen seines psychologischen Einflusses auf den Willen, der aber nicht näher bestimmt wird, eine geringere Strafwürdigkeit annimmt[3]), so muß man fragen, wie ein solcher Einfluß auf den Willen stattfinden soll, ohne den aus ihm entspringenden Vorsatz zu berühren. Die Bezeichnung der Prämeditation durch das Wort „Ueberlegung" hat man der durch das Wort „Vorbedacht" vorgezogen, um es zu verhindern, daß auf die Zeitdauer zwischen Entschluß und Ausführung der That ein ungebührlich großes Gewicht gelegt werde[4]).

b. Das Versehen.

§. 37. Liegt es zwar in dem begrifflichen Wesen der Handlung, daß in jedem Falle die Thätigkeit eine vorsätzliche, d. h. ursächlich auf einen beabsichtigten Erfolg bezogene sei, so kann doch, vermöge des Umstandes, daß der beabsichtigte Erfolg in seiner Verwirklichung nicht allein durch die Willensthätigkeit,

---

2) Lehrb. S. 249.
3) a. a. O. S. 791.
4) Beseler Komment. S. 345. Goltdammer Mat. II. S. 369 flg.

sondern zugleich durch andere außer ihm liegende Umstände bedingt wird, sich aus der Handlung ein anderer nicht beabsichtigter Erfolg, oder auch ein solcher neben dem beabsichtigten ergeben. Wenn der Handelnde das Recht hat zu fordern, daß ihm als Vorsatz und Absicht nicht der wirkliche, sondern nur der beabsichtigte Erfolg der vorgesetzten Thätigkeit zugerechnet werde, d. h. nur dasjenige, als dessen freie Ursache der Handelnde sich selbst wußte, so entspricht diesem Rechte auf der andern Seite die Pflicht des Handelnden, in der Verwirklichung der Absicht auch wirklich in freier Weise thätig zu sein, oder die Pflicht, bei der Gestaltung der Absicht auch wirklich die Möglichkeit des Erfolges nicht bloß an der eigenen Thätigkeit, sondern zugleich an den gegebenen thatsächlichen Voraussetzungen und in Bewegung gesetzten mitwirkenden Ursachen abzumessen, um so weit als möglich den ganzen Entwickelungsgang der Verwirklichung der Absicht beherrschen zu können. Die Forderung, die in dieser Beziehung an den Handelnden gestellt wird, ist also allerdings zunächst die einer bestimmten Denkthätigkeit, die Forderung bei der Gestaltung der Absicht mit Vorsicht und Aufmerksamkeit zu verfahren. Da aber die Denkthätigkeit überhaupt nie von der Willensthätigkeit zu trennen ist, so kann auch die Denkthätigkeit in ethischer Beziehung nicht gleichgiltig und bedeutungslos erscheinen, und darum ist die Forderung der Aufmerksamkeit und Vorsicht zugleich eine ethische, an den Willen des Handelnden sich richtende, die Forderung, daß der Handelnde nicht bloß mit Freiheit den Zweck setze, sondern auch mit Freiheit, die hier wie dort ein Erkennen und Wissen voraussetzt, die Absicht verwirkliche. Tritt demnach vermöge der Unvorsichtigkeit ein nicht beabsichtigter Erfolg ein, so fehlt, trotz der mangelnden Absicht, doch das den Erfolg mit dem Willen verbindende Band durchaus nicht, wenn auch hier der Erfolg nicht wie bei der Absicht unmittelbar, sondern nur mittelbar im Willen lag, mit andern Worten: auch der in solcher Weise herbeigeführte Erfolg ist ein zuzurechnender. Das Verhältniß aber, in welchem hier das Geschehene zum Gewollten, die Wirkung zur Ursache, steht, bezeichnen wir als Versehen, Fahrlässigkeit (culpa).

Anmerk. 1. Der Punkt, auf welchen rücksichtlich der strafrechtlichen Behandlung der Fahrlässigkeit Alles ankommt, ist die Frage: ob und in welcher Beziehung die Denkthätigkeit des Menschen eine sittliche Bedeutung habe, in Folge deren an den Willen eine ethische Anforderung rücksichtlich des denkenden Verhaltens gestellt werden könnte? Nur wer den Unterschied der Intelligenz und des Willens ganz abstract auffaßt, kann die sittliche Bedeutung der Intelligenz und der Denkthätigkeit verkennen. Die dem Willen gestellte ethische Aufgabe kann im Allgemeinen dahin gefaßt werden, daß er verpflichtet sei: sich in jeder Beziehung als ein vollkommen freier darzustellen, eine Aufgabe, die der Wille, da er nur an sich, der Möglichkeit nach, frei ist, allein durch eine fortschreitende Selbstbefreiung vollführen kann. Aber eben diese Selbstbefreiung vollbringt der Wille nur vermöge der Intelligenz, zuerst indem er sich denkend als ein seiner selbstbewußtes Ich erfaßt und damit die Fähigkeit frei zu sein sich erwirbt, sodann weiter, indem durch die Entwickelung der Intelligenz der Wille mehr und mehr sich mit der Substanz des Sittlichen erfüllt, denn nur der in solcher Weise sittlich erfüllte Wille vermag aus sich heraus sittliche Zwecke zu setzen, d. h. frei zu handeln. Wer also eine sittliche Pflicht des Menschen zur Entwickelung der eigenen Intelligenz leugnen will, der wird folgerecht darauf verzichten müssen, den sittlichen Werth der menschlichen Handlungen jemals nach einem objectiven Maßstabe zu bestimmen, da dann nur das Maß der eigenen Intelligenz, des eigenen Wissens und Gewissens des Handelnden, die Norm für die Handlung selbst abgeben kann. Namentlich wird also dann auch die böse, sündliche Handlung als eine sittlich gerechtfertigte und gute betrachtet werden müssen, wofern sie nur jenem subjectiven Maßstabe, d. h. einem verbildeten und sittlich verkehrten Gewissen entspricht, und eben die Meinung, daß der Mensch, unbekümmert um irgend einen objectiven Maßstab seines Thuns, immer nur nach seinem Gewissen zu handeln habe, ist die erste und gefährlichste sittliche Verkehrtheit. Um das Gute zu wollen, muß man es erkennen, um es zu erkennen, muß man es erkennen wollen, und die Zurechnungsfähigkeit bezieht sich gleich sehr auf die Fähigkeit des Wollens wie Erkennens, ist eine Fähigkeit, eine Möglichkeit die der Mensch nach beiden Seiten zur Wirklichkeit zu gestalten verpflichtet ist. Die an den Willen gestellte unabweisliche Forderung bei jeder Handlung im Setzen des Zweckes sich als ein freier zu verhalten, ist also wesentlich zugleich eine an das Denken, Erkennen, Wissen gestellte, der sich der Mensch ohne sittliche Schuld nicht zu entziehen vermag. Bei der Fahrlässigkeit handelt es sich nun aber noch um einen andern Punkt, nicht um ein Bewußtsein vom sittlichen Werthe

des gesetzten Zweckes, nicht um ein Erkennensollen der sittlichen Pflicht, sondern um ein Wissen thatsächlicher Verhältnisse, um ein Erkennen des Causalzusammenhanges, und es fragt sich, ob auch in dieser Beziehung eine sittliche Pflicht in Betreff des Denkens und Erkennens behauptet werden kann. Es wird sich diese Frage vielleicht am besten erledigen lassen, indem wir die allgemeine sittliche Aufgabe des Menschen in eine andere als die obige Formel fassen, indem wir sagen, daß es die Aufgabe des Menschen sei, seinen Willen zu dem zu gestalten, was seine immanente Zweckbestimmung ist, nämlich ein gottebenbildlicher zu werden. Hierin liegt zuerst dies, daß der Mensch das Gute zum Zwecke seines Willens mache und darum durch die Entwickelung der Intelligenz sein Denken und Wollen mit der Substanz des Sittlichen erfülle, obwohl der sittliche Wille des Menschen, da er nothwendig in einem fortschreitenden Prozesse der Befreiung und Versittlichung begriffen ist, darum sich immer noch von dem göttlichen Willen, der nicht ein sittlicher und zu versittlichender, sondern heiliger ist, unterscheiden wird. Die geforderte Gottebenbildlichkeit enthält aber nothwendig noch ein weiteres Moment. Zum Wesen des göttlichen Willens gehört nicht bloß die Heiligkeit, sondern eben so sehr die Weisheit, vermöge deren die göttliche That auf dem absoluten Wissen aller gegebenen Voraussetzungen und aller für die Verwirklichung des beabsichtigten Erfolges erforderlichen wirkenden Ursachen beruht. Darum vermag allein die göttliche Weisheit den beabsichtigten Erfolg als die nothwendige Wirkung ihres Thuns zu setzen, und Gott allein beherrscht den Zusammenhang von Ursache und Wirkung mit absoluter Machtvollkommenheit. Dieses Moment des göttlichen Willens ist es besonders, vermöge dessen wir ihn als Vorsehung bezeichnen. Das nothwendige Abbild der göttlichen Vorsehung ist die menschliche Vorsicht, vermöge deren der Mensch nicht bloß seine Absicht auf irgend einen bestimmten Erfolg richtet, sondern auch bemüht ist den wirklichen Erfolg seiner vorgesetzten Thätigkeit vorherzusehen, indem er die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Thätigkeit so wie die Wirksamkeit aller durch sein Thun in Bewegung gesetzter Kräfte vorher denkend abwägt und ermißt, um sich zum Herrn des Zusammenhanges von Ursache und Wirkung zu machen. Die Forderung der Vorsicht ist daher eine im Wesen des Willens liegende sittliche Forderung, und zwar auch nur die allgemeine: daß der Wille in seiner Thätigkeit sich als ein freier darstelle, als ein freier eben so im Setzen des Zweckes wie in seiner practischen Verwirklichung. Die Fähigkeit, auch in dieser letztern Beziehung frei zu sein, besitzt der Mensch vermöge der Fähigkeit, den wirklichen Erfolg seines Thuns aus den gegebenen Voraussetzungen und Bedingungen denkend vorher zu

erkennen und zu sehen, und darum wird das Maß, in welchem der Wille in der Beherrschung des Causalnexus wirklich frei ist, abhängen von dem Maß der Einsicht und Vorsicht, und wird nach dieser Seite die Freiheit des menschlichen Willens zu der des göttlichen in dem gleichen Verhältnisse stehen wie das menschliche Erkennen zur göttlichen Weisheit, die menschliche Vorsicht zur göttlichen Vorsehung. Es ist also richtig, daß der fahrlässig herbeigeführte Erfolg zunächst seinen Grund hat in einem Mangel und Fehler des Erkennens. Insofern aber einerseits dem Menschen die Fähigkeit und Möglichkeit dieses Erkennens gewährt ist, und es andrerseits ein wesentliches Moment der menschlichen Freiheit bildet, so ist der Mangel desselben zugleich eine sittliche Schuld des Willens. Wenn man also die Zurechnung des culposen Erfolges als unzulässig ansieht, weil nur dem Wollen nicht dem Denken eine Pflicht auferlegt werden könne, so übersieht man, daß bei der culpa ein Wissen und Erkennen, nämlich das des Causalzusammenhanges gefordert wird, auf das sich der Handelnde bei der Zurechnung des dolus selbst beruft, und daß das Recht sich auf solche Erkenntniß zu berufen, wesentlich die Pflicht erkennen zu wollen mit sich bringt. Man übersieht ferner, daß nicht bloß ein Wissen schlechthin gefordert wird, sondern ein Wissen, so weit es ein nothwendiges Moment des Wollens ist, eine nothwendige Voraussetzung für die unabweisliche ethische Forderung einer freien Willensthätigkeit bildet. Es kann daher nur noch auf die Frage ankommen, welches Maß der Erkenntniß und Vorsicht als das geforderte zu betrachten ist, an welchem gemessen das Verhalten des Handelnden als ein fahrlässiges bezeichnet werden kann. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß der zurechnungsfähige Mensch durch die tägliche Erfahrung belehrt, ein für seine bestimmte Art der Lebensthätigkeit genügendes Maß der Erkenntniß zu erwerben vermag, so daß es in der Regel nur auf das Wissenwollen, nicht auf das Wissenkönnen ankommen wird, und allerdings kann von Fahrlässigkeit nur die Rede sein, wo das Wissenwollen ausreichte, um wissen zu können. Was aber im concreten Falle der Handelnde zu wissen vermochte, das läßt sich allerdings nur in Rücksicht auf ihn und seine besondere Lebensstellung ermessen. Darum ist in dieser letztern Beziehung der Maßstab für das geforderte Wissen nothwendig ein subjectiver, zugleich aber insofern ein objectiver als nicht sein wirkliches Wissen, sondern das was er wissen konnte und darum sollte, entscheidet. Hiernach wird dieselbige Handlungsweise dem einen Individuum als eine fahrlässige zuzurechnen sein, während bei dem andern Individuum jede Zurechnung derselben ausgeschlossen ist. Außerdem kommt aber noch in Betracht, daß wohl oft der Fall eintreten kann, in welchem der Mensch

sich in seiner Thätigkeit in ein ihm fremdes Gebiet des Causalzusammenhanges versetzt sieht, wo ihn demnach die eigene Erfahrung verläßt. Auch in solchem Falle wird der Handelnde sich rücksichtlich des Erfolges nicht sofort durch seine Unkenntniß und sein Nichtwissenkönnen entschuldigen dürfen, da er sich seiner Unkenntniß bewußt sein und in seinem Willen verpflichtet fühlen mußte, sich das erforderliche Wissen so weit als möglich zu verschaffen, bevor er handelnd in die Wirklichkeit eingriff. In diesem letztern Falle wird darum die Fahrlässigkeit ihre Grenze an der Unfähigkeit des Handelnden sich auch nur seines Nichtwissens bewußt zu werden, haben.

Anmerk. 2. Im römischen Rechte hat sich bekanntlich die Lehre von der culpa und der Verantwortlichkeit, welche sie begründet, zuerst auf dem Gebiete des Privatrechtes entwickelt und zwar ohne scharfe Unterscheidung des dolus und der culpa, während im öffentlichen Strafrecht dem allein eine Verantwortung begründenden dolus auf der andern Seite culpa und casus unterschiedslos gegenüberstanden [1]). Erst in der spätern Kaiserzeit findet die culpa auch in dem Strafrechte eine Berücksichtigung, aber selbst im justinianischen Rechte hat noch der Unterschied von dolus und culpa keine allgemeine und durchgreifende criminalrechtliche Bedeutung, sondern nur in einzelnen bestimmten Fällen wird die culpa in der Regel als crimen extraord. bestraft [2]). Wenn man von dem germanischen Strafrechte hat behaupten wollen, daß es sich allein durch die Rücksicht auf die objective Rechtsverletzung habe bestimmen lassen, so würde sich hieraus eine völlige Identificirung des dolus nicht nur mit der culpa, sondern auch mit dem casus ergeben. Im Gegensatze zu dieser Ansicht ist schon wiederholt darauf hingewiesen worden, daß das germanische Strafrecht von jeher Schuld und Strafe auf den Willen gegründet habe, wenn auch jene Behauptung nicht so völlig grundlos ist, als man hat behaupten wollen. Durch alle germanischen Volksrechte zieht sich der schon oben erwähnte Grundsatz hindurch, daß der Mensch für jeden durch ihn verursachten Schaden haftet, gleichviel ob er die freie oder unfreie Ursache desselben war, und es mag zugegeben werden, daß sich in ihm wenigstens nicht ausschließlich die Rohheit eines Volkes kundgiebt, das zwischen freier Willensthätigkeit und zufälliger Wirksamkeit nicht zu unterscheiden weiß, sondern auch eine nationale religiössittliche Anschauung, die in ihren Grundlagen nicht ge-

---

1) Hasse Die Culpa des röm. Rechts. Köstlin Mord und Todtschlag S. 135 flg. Luden Abhandl. II. S. 288 flg.

2) Rein S. 164. Vgl. Heffter Lehrb. §. 69. Roßhirt Entw. S. 172 flg. Wächter Lehrb. §. 79. Birnbaum im N. A. XIV. S. 538 flg.

nügend klar ist [3]). Auf solcher Basis konnte aber freilich ein öffentliches Strafrecht sich überhaupt nicht entwickeln, vielmehr mußte dies sofort den Unterschied der freien Handlung und des Zufalls zum Bewußtsein bringen und auf ihn sich gründen. So fand offenbar ein prinzipieller Gegensatz des Civilrechtes und Strafrechtes statt, der es erkärt, daß die dem Anspruche auf Schadensersatz zu Grunde liegende Regel noch bis in späte Zeit im Einzelnen vielfach zugleich in das Strafrecht eingriff, und dies um so mehr als in der compositio Strafe und Schadensersatz nicht klar geschieden waren. Eine Verstärkung erfuhr der Einfluß jenes privatrechtlichen Grundsatzes auf das Strafrecht, durch die ausgedehnte Bedeutung, welche die Rache für dieses hatte, die ihrer Natur nach, ohne Rücksicht auf die Schuld und deren Maß, Befriedigung für die erlittene Beschädigung fordert [4]). Läßt sich also ein Schwanken in der Abgränzung des dolus und des casus nicht verkennen, so gilt dies in noch höherm Grade für die Begränzung der culpa gegen den dolus einerseits und den casus andrerseits. Schon sehr früh begegnen wir in allen Volksrechten den Bestimmungen über fahrlässige Beschädigungen [5]). Hierbei ist das Characteristische einerseits dies, daß man die culpa vom dolus unterschied, indem bei der culpa Friedensgeld und Fehderecht wegfielen und dann auch die Bußzahlung sich minderte, andrerseits dies, daß eine sehr weit und oft zu weit gehende Vorsicht gefordert wird, und das vorwiegende Interesse dies ist, den wirklichen Zufall aus dem Gebiete der culpa allmälig auszusondern. Mag also das germanische Strafrecht principiell von dem Unterschiede der Verschuldung und des Zufalls ausgehen, so scheidet es doch, in der Durchführung dieses Principes, nur allmälig den casus von der Verschuldung, die culpa vom dolus aus, und geht in dieser Beziehung den dem römischen Strafrechte entgegengesetzten Entwickelungsgang [6]). Es lag in der

---

3) Wilda S. 552. Köstlin System S. 176.

4) In beschränkter Weise erkennt dies auch Wilda S. 550 an.

5) Vgl. die Quellen-Stellen bei Wilda S. 579 flg.

6) Wenn Wilda S. 573 behauptet, daß anfangs nur der dolus bestraft worden sei, das Ungefähr, culpa und casus umfassend, nicht Strafe, sondern nur Schadensersatz nach sich gezogen habe, so wird damit das altgermanische Strafrecht im Wesentlichen mit dem altrömischen auf gleiche Stufe gestellt, eine Consequenz, zu welcher sich Wilda in dem Streben, seine Gegner zu widerlegen, hat verleiten lassen. Das germanische Strafrecht erscheint aber in einem durchaus falschen Lichte, wenn man in den Bußen, die für das Ungefähr gezahlt werden, nur einen Schadensersatz und nichts von Strafe erblicken, und jener Zeit ein so scharf bestimmtes Bewußtsein dieses Unterschiedes beimessen will. Der Ausgangspunkt der Entwickelung ist also der, daß dolus wie culpa und in Verbindung mit ihr vielfach auch der casus gestraft und gebüßt werden; der

Natur der Sache, daß auf die angegebene Entwickelung der Schuldlehre, das kirchliche Strafrecht von bedeutsamen Einflusse war, nicht darum, weil die Bußordnungen die Schuldlehre von einem andern Gesichtspunkte aus aufgefaßt hätten, — denn sie stehen vielmehr durchgängig so sehr auf dem Standpunkte germanischer Rechtsanschauung, daß sie geradezu als Quelle auch für das weltliche Strafrecht dienen können, — sondern darum, weil in ihnen durch die Casuistik die Reflexion geweckt wurde, und aus dem klareren Bewußtsein über die leitenden Principien zugleich eine bestimmtere Durchbildung und Fortbildung derselben sich ergab. Auch in den Bußordnungen erstreckt sich die Verantwortlichkeit von jeher über die vorsätzlichen wie unvorsätzlichen Erfolge, obwohl eben so von jeher beide Fälle im Maße der Schuld und Strafe unterschieden werden. Das Unvorsätzliche wird im Gegensatze zu dem Handeln contemptu, odii meditatione, in der Regel als casus bezeichnet, obwohl auch der negligentia und ignorantia besonders gedacht wird. Es fehlt hierbei nicht an Beispielen, welche zeigen, daß der casus wirklich Fälle völliger Schuldlosigkeit umfaßte, in denen dennoch eine Strafe auferlegt wurde [7]). Von besonderm Interesse aber ist es zu beobachten, wie mit der Zeit in casuistischer Weise der dolus immer bestimmter von der culpa und diese vom casus unterschieden, und immer bestimmter die Buße auf den Willen bezogen wird [8]). Namentlich wird auch der Grundsatz des germanischen Strafrechts, daß derjenige, der einen Andern zu einer Thätigkeit veranlaßt hat, die Beschädigung, welche dieser bei solcher Gelegenheit erlitt, büßen müsse [9]), vielfach erörtert, um für die einzelnen Fälle die Schuld des Büßenden nachzuweisen [10]). Hieraus, so wie aus dem Streben bei Fällen der Concurrenz von dolus und culpa die letztere von ersterem zu scheiden, ergab sich schon in den Bußordnungen die allgemeine Regel, daß man für jeden Erfolg einstehen müsse, der aus einer an sich schon sündlichen Thätigkeit hervorgehe [11]). Auch das

---

Fortgang der, daß immer bestimmter die culpa vom dolus, der casus von der culpa geschieden wird. Ein sehr treffendes Beispiel giebt die Vergleichung von L. Angl. XVII. 2. L. Sax. XII. 3. 4. mit L. Ripuar. LXX. 2.

7) Poenitent. Theodor. V. §. 7. 8. 12. 13. Can. Gregor. c. 50. 51. 53. Poenit. Cumean. XI. 25. 26. 30. 31.

8) So wird z. B. in fast allen Bußordnungen auch die im Schlafe begangene Sünde gestraft, dann aber wird entweder die Buße erhöht, wenn noch ein besonderer schuldhafter Anlaß, z. B. ebrietas vorlag, cf. Poenit. Hubert. c. 19., oder es wird ganz ausdrücklich auch beim Schlafenden ein Wille angenommen, in sompnis cum voluntate, voluntate dormiendo. Cf. Excerpt. de libr. Davidis §. 8. 9. Poenit. Cumean. II. 19. 20. Gildas. 22.

9) L. Rotharis c. 152.

10) z. B. Poenit. Valicell. I. c. 15.

11) Poenit. Valicell. I. c. Correct. Burchardi c. 8. 14.

mittelalterliche Strafrecht zeigt keinen wesentlichen Fortschritt in der Entwickelung der Schuldlehre und der Auffassung der culpa. Nur die Bestimmungen des Schwabenspiegels [12]) sind in einem Punkte von Bedeutung. Während nämlich noch im sächsischen L. R. [13]) die culpa nur mit dem Wergelde gebüßt wird, verhängt der schwäbische L. R. wirkliche Criminalstrafen, als nothwendige Folge davon, daß die letzten Reste des Wergeldsystems verschwunden und man sich der Fahrlässigkeit mehr und mehr als einer besondern Form der criminellen Schuld bewußt geworden war, obwohl ihrer immer nur in Bezug auf einzelne Verbrechen gedacht wurde. Die italienischen Criminalisten schließen sich in der Auffassung der culpa zunächst an das römische Recht an, und darum betrachten sie, wie schon gezeigt wurde, den dolus als zum begrifflichen Wesen des Verbrechens gehörend, obwohl sie auch die culpa, ohne dies wissenschaftlich näher zu begründen, für strafbar erachten. Bemerkenswerth aber ist es, daß sie die culpa nicht bloß in einzelnen Fällen, sondern überall, wo sie nicht etwa durch die besondere Natur des Verbrechens ausgeschlossen ist, für strafbar ansehen [14]). Andrerseits ist ihnen jedoch die Eigenthümlichkeit der germanischen Rechtsanschauung nicht fremd geblieben, und schon Aretinus formulirt sie im Gegensatz zum römischen Rechte dahin, daß er sagt: Statuta per Italiam puniunt factum non animum [15]). Daher erklärt es sich, daß sie anfangs bei der culpa nur eine Geldbuße zulassen wollen, die erst später in eine Criminalstrafe übergeht [16]), und daß auch sie sehr geneigt waren, die culpa bis in das Gebiet des casus hinein zu erstrecken, woraus sich ihnen die Regel ergab, daß bei einem versari in re licita die diligentia vor Strafe schütze, daß aber bei einem versari in re illicita der rechtsverletzende Erfolg gestraft wird trotz der angewandten Vorsicht [17]). Erst die Carolina bricht, besonders durch die klare Absonderung der culpa vom casus entschieden mit der ältern deutschen Anschauung, und daß sie höchst wahrscheinlich die culpa nicht nur bei einzelnen, sondern bei allen Verbrechen, bei denen sie vorkommen kann, bestraft wissen wollte, ist schon erwähnt worden. Als eine solche besondere Gestaltung der

---

12) c. 182—184 (Laßb.).

13) II. 38.

14) Gandinus Rubr. de homicid. Angel. Aretin. Gloss. Scienter dolose. Decianus I. c. 6. I. Clarus §. fin. qu. 84.

15) Gloss. et ex intervallo dict. Titius.

16) Wie z. B. gegen Aret. dies schon dessen Comment. Augustus geltend macht. Eben so Clarus l. c.

17) Gandinus l. c. Angel. Aretin. Gloss. et appensate. Jacob. de Belloviso III. c. 26.

Schuld, der neben dem dolus eine ganz allgemeine Bedeutung für das Strafrecht zukomme, ist sie auch von jeher in der deutschen Doctrin wie in der Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts aufgefaßt worden [18]), und erst in der neueren Zeit hat man es versucht, die culpa ganz aus dem Gebiete des Strafrechtes zu verdrängen und sie der Polizeistrafe zu überweisen [19]). Diese Ansicht so wie die Frage, ob die culpa mit Almendingen, Stelzer, Salchow als ein Verstandesfehler, oder mit Klein, Kleinschrod und Grolman als ein Willensfehler zu betrachten sei, ob nach Luden [20]) nur die bewußte oder auch unbewußte culpa ins Strafrecht gehöre, erledigt sich durch die obige Ausführung. Eine feste wissenschaftliche Begründung hat die Lehre von der culpa erst durch Berner erhalten [21]). Es gehört nicht hierher zu untersuchen, in wie weit Berners Ansicht, nach welcher dem Menschen die Fähigkeit einen Erfolg als den nothwendigen seiner Thätigkeit zu setzen, ein „Nothwendigkeitswille" zugeschrieben wird, mit seinem eigenthümlichen philosophischen Standpunkte zusammenhängt. Jedenfalls konnte aus dieser Befähigung des Menschen gleich der göttlichen Vorsehung handelnd in die Welt einzugreifen, nur in verschärftem Maße die ethische Forderung mit Vorsicht zu handeln hervorgehen, die Berner sehr treffend characterisirt hat, obwohl wir glauben, daß sie sich auch rechtfertigen läßt, wenn dem menschlichen Willen eine bescheidenere Stellung angewiesen wird.

§. 38. **Die Zurechnung des durch Fahrlässigkeit herbeigeführten Erfolges gründet sich darauf, daß ihn der Handelnde als den nichtseinsollenden setzte, obwohl er der mögliche der vorgesetzten Thätigkeit war, und obwohl der Handelnde, wofern er wollte, diese Möglichkeit einsehen und ihn vermeiden konnte. In allen Fällen setzt also die Zurechnung zur Fahrlässigkeit voraus, daß der an den Willen gerichteten Forderung des Handelns mit Vorsicht, die dem Handelnden gewährte Möglichkeit entsprach, den Causalzusammenhang des nicht beabsichtigten Erfolges und seiner Thätigkeit zu erkennen, und die Verwirklichung des nicht**

18) So auch im Preuß. A. L. R. II. 20. §. 28—34.
19) So im frühern Oesterreich. G. B. Stübel im N. A. VIII. S. 295 flg. Roßhirt eb. S. 379. Entwickel. S. 165. Temme Lehrb. S. 252 flg. Zerbst im A. 1856 S. 214 flg.
20) Abhandl. II. 296 flg. 536 flg. Handb. I. 258 flg.
21) Imput. S. 227 flg. Theilnahme S. 153 flg.

Beabsichtigten zu vermeiden. Ebenso wie diese Möglichkeit sich nur im concreten Falle und in Rücksicht auf das handelnde Individuum gegen die Unmöglichkeit abgrenzen läßt, ebenso auch der fahrlässige gegen den zufälligen Erfolg der Thätigkeit. Das Maß der Schuld ist aber bei der Fahrlässigkeit stets ein geringeres wie bei der Absicht darum, weil die in der Objectivität hervortretende Einheit des Gewollten und Geschehenen, in subjectiver Beziehung für den Handelnden nicht in gleichem Maße, sondern nur insofern vorhanden war, als er den wirklichen Erfolg zwar bei der Gestaltung der Absicht von dieser ausschloß, dagegen bei der Gestaltung seiner Thätigkeit, die er in schuldhafter Weise der Absicht nicht adäquat machte, mittelbar in den Willen einschloß. Außerdem aber wird bei der Fahrlässigkeit nicht bloß vermöge der Art und Beschaffenheit der Rechtsverletzung, sondern auch darum eine mannigfache Abstufung im Maße der Schuld stattfinden, weil dasselbe durch die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Erfolges und die hieraus hervorgehende ausgedehntere oder beschränktere Möglichkeit, den Erfolg vorherzusehen und zu vermeiden, bedingt wird. In dieser quantitativen Abstufung der Schuld läßt sich eine qualitativ bestimmbare Grenze nur in Rücksicht auf den Umstand ziehen, ob der Handelnde mit dem Bewußtsein der Möglichkeit des nicht beabsichtigten Erfolges gehandelt hat oder nicht. In beiden Fällen ist der Erfolg ein durch Fahrlässigkeit bewirkter, weil ein von der Absicht ausgeschlossener; im erstern aber ist die Schuld eine größere, weil bei der vorhandenen Erkenntniß des Causalzusammenhanges das schuldhafte negative Verhalten des Willens, das Nichtvermeiden des als möglich erkannten Erfolges, in viel bestimmterer Weise sich geltend macht als in dem zweiten Falle, wo es als ein Nichterkennenwollen des Causalzusammenhanges erscheint. Den erstern Fall der Fahrlässigkeit bezeichnet man als Frevelhaftigkeit (luxuria), den zweiten als Unvorsichtigkeit.

Anmerk. Daß die culpa einen geringern Grad der Schuld enthalte als der dolus, ist von jeher anerkannt worden, und schon die italienischen Criminalisten heben namentlich hervor, daß im Strafrecht auch

die culpa lata niemals dem dolus gleichgestellt werde [1]). Nachdem erst einmal anerkannt war, daß die culpa nicht bloß mit Geldbuße, sondern wirklich criminell zu strafen sei, ist es der auch durch die deutsche Doctrin hindurch gehende Grundsatz, daß die culpa mit einer poena extraordinaria zu belegen sei. In Betreff des verschiedenen Grades der Schuld herrschte schon bei den Italienern keine Uebereinstimmung, denn während Bartolus sechs Grade unterscheidet, will Baldus nur die lata culpa bestrafen, bis dann die Criminalisten im Widerspruche zu den Quellen die Unterschiede der lata und levis oder auch levissima culpa aus dem Privatrechte auf das Strafrecht übertragen. Auf die Unhaltbarkeit dieser graduellen Unterschiede, die sich auch durch die deutsche Doctrin hindurchziehen, hat schon Decianus ganz richtig hingewiesen [2]). Erst in der Mitte des vorigen Jahrhunderts begann man diese Grade der culpa fallen zu lassen [3]), obwohl noch am Ende desselben z. B. Quistorp [4]) sie nicht bloß beibehält, sondern auch noch den casus, wenn er bei einem versari in re illicita eintrat, bestraft wissen will. Das preußische A. L. R. vermied nicht nur jene Gradunterschiede, sondern verwies auch in Betreff der Grenze zwischen culpa und casus ganz richtig auf die Beurtheilung des concreten Falles [5]), und schied ausdrücklich den zufälligen Erfolg einer unerlaubten Handlung von der Zurechnung aus [6]). Erst Feuerbach setzte an die Stelle des quantitativen den qualitativen Unterschied der culpa [7]), wonach sich der Handelnde des ursächlichen Zusammenhanges entweder bewußt war oder nicht, eine Unterscheidung, die dann besonders von Berner näher begründet worden ist, und die selbst schon in der Carolina erkennbar hervortritt [8]). So wie aber bei dem impetus das Wesen des dolus, nämlich das Setzen des Erfolges als eines seinsollenden, nicht aufgehoben wird, eben so wenig bei der Frevelhaftigkeit das Wesen der culpa, das Setzen des Erfolges als eines nichtseinsollenden, nur daß hier der Erfolg in bewußter Weise, bei der Unvorsichtigkeit durch das ausschließliche Setzen eines andern beabsichtigten Erfolges unbewußt negirt wird. Darum kann eben

---

1) Gloss. ad L. 7. D. ad L. Corn. de sic. 48, 8. Gandinus Rubr. de homicid. Aretinus Gloss. scienter dolose. Jacob. de Bellovisu III. 11. Clarus §. fin. qu. 48. Farinac. qu. 86. n. 22.
2) l. c. 6. . . cum certum sit plus et minus quo solo differunt hi gradus.
3) Z. B. Püttmann Element. §. 25. Koch Instit. §. 12.
4) Grundsätze I. §. 36. 37.
5) A. L. R. II. 20. §. 28—30. und I. 3. §. 25.
6) II. 26. §. 37. 38.
7) Lehrb. §. 55. Vgl. Abegg Handb. §. 86. Heffter §. 67.
8) Art. 134. 136. 146.

so wenig die luxuria wie der impetus mit Köstlin[9]) als eine Mittelstufe zwischen dolus und culpa gestellt werden. Denen gegenüber, welche in der culpa eine criminelle Schuld nicht anerkennen wollen, muß noch auf einen Punkt besonders hingewiesen werden. Sie kommen alle darin überein, daß sie die Strafbarkeit der culposen Rechtsverletzung zwar nicht leugnen, sie aber nur wegen ihrer Gefährlichkeit bloß polizeilich strafen wollen. Hieraus ergiebt sich, wie Temme a. a. O. ganz richtig hervorhebt, daß bei der Fahrlässigkeit überhaupt nicht eine Rechtsverletzung, sondern nur das unvorsichtige, gefährliche Benehmen, das zufällig eine Beschädigung zur Folge gehabt hat, bestraft werden dürfte. In dieser Consequenz zeigt sich aber zugleich die practische Bedeutung der verschiedenartigen Auffassung der culpa, denn ist sie nur eine polizeilich strafbare Unvorsichtigkeit, so ist folgerecht auch nur die Größe der Unvorsichtigkeit die Norm für das Maß der Schuld und Strafe, wogegen dieses Maß wesentlich auch durch die Art und Beschaffenheit der Rechtsverletzung bestimmt wird, wofern die culpa ein criminelles Unrecht enthält.

§. 39. Indem das preußische Strafgesetzbuch eben so wenig in Betreff der Fahrlässigkeit wie des Vorsatzes eine allgemeine Bestimmung enthält, wohl aber in einer großen Zahl von Fällen die Fahrlässigkeit ausdrücklich mit Strafe belegt, überließ es die begriffliche Feststellung der Fahrlässigkeit lediglich der Wissenschaft. Die strafrechtliche Behandlung derselben in den einzelnen Fällen ergiebt aber, daß sie auch im preußischen Strafrechte als eine besondere Gestaltung der criminellen Schuld aufgefaßt wird, und daraus folgt, daß die Fahrlässigkeit nicht bloß in Folge einer ausdrücklichen Strafbestimmung, sondern auch ohne eine solche in allen Fällen zu bestrafen ist, in denen sie nicht durch den eigenthümlichen Thatbestand des Verbrechens oder Vergehens ausgeschlossen erscheint.

Anmerk. Auch in Betreff der Fahrlässigkeit haben bei der Redaction des Strafgesetzbuches umfangreiche Verhandlungen stattgefunden, in Folge deren schließlich in Rücksicht auf §. 369. der Criminalordnung nur die prozessualische Bestimmung übrig blieb, daß es nach freiem Ermessen

---

9) System §. 71. Vgl. Krug Ueber dolus und culpa S. 40 flg. Berner Theilnahme S. 142. 143.

aus den Umständen zu beurtheilen sei, ob eine Handlung als fahrlässige dem Handelnden zugerechnet werden könne, und auch diese Bestimmung fiel im letzten Stadium der Berathungen vermöge des veränderten Strafverfahrens als überflüssig hinweg [1]). Bei dem Mangel jeder Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit sind daher von practischer Bedeutung die Fragen: in welchen Fällen die Fahrlässigkeit strafbar sei, und welches Maß derselben? Die erstere Frage erledigt sich von selbst in denjenigen Fällen, in denen neben dem Vorsatze ausdrücklich auch die Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht ist, so wie in denjenigen, in welchen ohne Rücksicht auf den Erfolg nur das gefährliche Benehmen als ein polizeiliches Unrecht als strafbar bezeichnet ist, gleichviel ob diese Handlung rücksichtlich des Strafmaßes zu den Uebertretungen gerechnet wird oder nicht. Von denjenigen Fällen, in welchen das Gesetz der Fahrlässigkeit nicht besonders gedenkt, sind ferner alle die auszuscheiden, bei denen der Mangel des Vorsatzes das Wesen des criminellen Unrechtes aufhebt, so daß entweder gar kein Unrecht, oder nur ein civiles, vorliegt, wie z. B. beim Diebstahle. Unter solcher Voraussetzung werden dann allerdings im preußischen Strafrechte nur wenige Fälle übrig bleiben, in welchen eine strafbare Handlung, wie z. B. im Falle des §. 201., ebenso in der Form des Vorsatzes wie der Fahrlässigkeit begangen werden könnte. Die Frage, ob in solchen Fällen nur der Vorsatz oder auch die Fahrlässigkeit zu bestrafen sei, läßt sich nur in Rücksicht auf die Frage beantworten: ob das preußische Strafgesetzbuch die Fahrlässigkeit als eine Form des criminellen Unrechtes oder als ein polizeiliches Unrecht im Sinne Temme's aufgefaßt habe? Für diese Frage sind die Fälle entscheidend, in denen für die Fahrlässigkeit in Rücksicht auf die Verschiedenheit des Erfolges eine verschiedene Strafe festgesetzt ist [2]). Es kann z. B. die Fahrlässigkeit, durch welche ein Schiff strandet, eine sehr grobe sein, ohne daß dabei ein Mensch das Leben verliert, und umgekehrt der Tod eines Menschen die Folge einer viel geringern derartigen Fahrlässigkeit sein. Das Maß der Strafe von einem solchen Erfolge abhängig zu machen, würde aber widersinnig und ungerecht sein, käme es wirklich nur darauf an die Fahrlässigkeit an sich zu bestrafen, da in solchem Falle nur deren Maß das Maß der Strafe bestimmen dürfte, so daß die geringere Fahrlässigkeit trotz des Todes eines Menschen geringer zu strafen wäre, als die grobe, die nicht den Tod eines Menschen zur Folge hatte. Indem also die Strafe in Rücksicht auf die Beschaffenheit der fahr-

1) Goltdammer Mat. I. S. 225—236.
2) Z. B. §§. 295. 298. 301. 302. 303. 304.

lässig bewirkten Beschädigung bestimmt wird, so ist damit anerkannt, daß die Beschädigung in Beziehung auf den Willen des Handelnden nicht als eine zufällige, sondern als eine criminelle Rechtsverletzung und also die Fahrlässigkeit als eine Form des criminellen Unrechtes betrachtet wird. Unter solcher Voraussetzung ist aber auch die Fahrlässigkeit in allen Fällen, bei denen überhaupt von fahrlässiger Begehung die Rede sein kann, strafbar, und nicht bloß ausnahmsweise in den Fällen, in denen das Gesetz dies ausdrücklich, oder durch eine den dolus wie die culpa unzweifelhaft in sich schließende Fassung des Thatbestandes bestimmt hat[3]). Der Umstand, daß in den meisten Fällen die culpa ausdrücklich für strafbar erklärt ist, würde an sich allerdings nicht ausreichen, um sie auch in anderen Fällen zu strafen, eben so wenig steht er aber einer solchen Bestrafung entgegen, sondern erklärt sich aus dem Bedürfnisse das Strafmaß besonders festzustellen. Die von Goltdammer aufgestellte Regel, daß die als Unterlassungen bezeichneten strafbaren Handlungen solche sind, welche sowohl fahrlässig als vorsätzlich begangen werden können, hat schon Temme mit Recht als unhaltbar bezeichnet, und ebenso die Ansicht Beselers[4]), der eine Reihe von Fällen, in denen nur der dolus strafbar ist, auch zur Fahrlässigkeit herüberziehen will. Für die weitere Frage: welches Maß von Fahrlässigkeit als strafbar zu betrachten sei, giebt das Strafgesetzbuch nur geringe Anhaltspunkte. Jedenfalls ist darüber kein Zweifel, daß das Maß der zu fordernden Vorsicht nur in Rücksicht auf den concreten Fall und die Individualität des Handelnden, z. B. also auch in Rücksicht auf die besonderen wissenschaftlichen und technischen Kenntnisse, und die besondere durch Amt und Beruf gebotene Vorsicht, welche man erwarten und fordern darf, bestimmt werden soll [5]). Von Interesse ist in dieser Beziehung das Gutachten Savigny's von 1846 [6]).

§. 40. Wenn neben einem beabsichtigten Erfolge, gleichviel ob in Beziehung auf ihn die That als eine vollendete oder versuchte erscheint, ein anderer nicht beabsichtigter, aber vorherzusehender und zu vermeidender, Erfolg eintritt, so findet eine äußerliche Concurrenz von Vorsatz (Absicht) und Fahrlässigkeit statt,

---

3) Wie dies Temme, von seinem Standpunkte aus ganz folgerichtig, behauptet. Lehrb. §. 258.
4) Komment. S. 49 u. d.
5) Vgl. §§. 95. 184. 198. 202. 203.
6) Bei Beseler Komment. S. 50 flg.

bei welcher der Vorsatz wie die Fahrlässigkeit einer getrennten und selbständigen Beurtheilung unterliegt.

Anmerk. Die verschiedenen Ansichten, die sich in der Doctrin in Betreff der Concurrenz von dolus und culpa bisher gegenüber gestanden haben, beziehen sich im Wesentlichen nur auf einen besondern Fall derselben, von welchem andere, wie Köstlin richtig hervorhebt[1]), zu unterscheiden sind. Es kann 1) bei Gelegenheit der Begehung eines dolosen Verbrechens zugleich ein anderes dem Thatbestande nach davon verschiedenes culposes Verbrechen begangen werden und umgekehrt, z. B. indem bei Gelegenheit eines Diebstahls eine fahrlässige Brandstiftung stattfindet, oder indem die Gelegenheit einer culposen Verwundung benutzt wird, den wehrlosen Verwundeten zu berauben[2]). Hier stehen also zwei verschiedene, auch in der Handlung von einander getrennte, Vergehen äußerlich neben einander. Es kann 2) eine in sich einheitliche Handlung durch eine sogenannte Aberration (im engern Sinne) neben dem beabsichtigten einen nicht beabsichtigten aber vorherzusehenden und zu vermeidenden Erfolg in Betreff eines andern Objectes herbeiführen[3]), gleichviel ob der Thatbestand beider Rechtsverletzungen derselbe oder ein verschiedener ist, z. B. indem bei Begehung eines Giftmordes zugleich ein anderer Mensch fahrlässig durch das Gift getödtet oder an seiner Gesundheit beschädigt wird. In dem ersten wie zweiten Falle ist man darüber einig, daß eine Concurrenz eines dolosen und culposen Verbrechens vorliegt, bei welcher jedes einer selbständigen Beurtheilung und Zurechnung unterliegt[4]). Größere Schwierigkeiten hat dagegen von jeher 3) der Fall bereitet, daß dieselbe Handlung in Betreff desselben Objectes einen über die Absicht hinausgehenden, vorherzusehenden Erfolg mit sich bringt.

Der Umstand, daß in solchem Falle die Thätigkeit des Handelnden ihrer besondern Beschaffenheit nach eben so sehr auf den beabsichtigten wie den nicht beabsichtigten Erfolg hinweist, legte die Versuchung sehr nahe in Betreff des Beweises, der Behauptung des Thäters keinen Glauben zu schenken und auch für den angeblich nicht beabsichtigten Erfolg aus der Be-

---

1) System §. 76.

2) Von Werner Handbuch §. 274. als dolus culpa determinatus bezeichnet.

3) Ein interessanter Fall der Art aus der preußischen Praxis bei Goltdammer A. I. S. 707, der jedenfalls durch den Präsidenten des Assisenhofes ganz richtig und sachgemäß aufgefaßt worden war.

4) Das Nähere weiter unten bei der Concurrenz der Verbrechen.

schaffenheit der Thätigkeit und der nahe liegenden Wahrscheinlichkeit des Erfolges einen dolus zu folgern. Dieser Versuchung verfielen bereits die Italiener in der Annahme des dolus praesumtus, und nach ihnen Carpzow, indem er die Kategorie des dolus indirectus aufstellte [5]). Da nun allerdings in solchem Falle die Thätigkeit selbst und die sie begleitenden Umstände meist keinen Anhalt geben werden, aus welchem sich auf die Absichtlichkeit des Erfolges oder deren Mangel schließen ließe, so liegt freilich die Gefahr sehr nahe, daß der Thäter nachträglich etwas von seiner Absicht auszuschließen sucht, was allerdings in derselben gelegen hat, und daraus wird für die Praxis sich gewiß die Forderung ergeben: solchem subjectiven Vorgeben des Thäters gegenüber mit aller Strenge die objective Bedeutung seiner Thätigkeit und des eingetretenen Erfolges geltend zu machen. Immerhin aber darf die Möglichkeit einer solchen Concurrenz von dolus und culpa nicht geleugnet werden, und daß man sich über die angegebene Versuchung nicht völlig klar zu werden vermochte, bildete den wesentlichsten Anlaß zu dem langen Streite über den dolus indirectus [6]). Erst Feuerbach war es, der, und zwar auch nur allmälig [7]), zu der Einsicht kam, daß in dem von ihm als culpa dolo determinata bezeichneten Falle eine ideale Concurrenz von dolus und culpa enthalten sei, und seit ihm ist dieser Ausdruck zu der, freilich wenig geeigneten, technischen Bezeichnung dieses Falles geworden. Es kommt also wesentlich darauf an, die falsche Ansicht, von der ursprünglich Feuerbach ausging, als ob eine besondere Gestaltung der criminellen Schuld vorläge, bei welcher die culpa durch den dolus bestimmt werde, abzuwehren und andrerseits in der Beurtheilung des concreten Falles den dolus eventualis streng von der culpa dolo determinata zu sondern. Dennoch hat die in ihrer letzten Gestalt ganz richtige Begriffsbestimmung Feuerbachs auch in neuerer Zeit Gegner gefunden, deren Einwendungen entweder nur der ältern Auffassung Feuerbachs gegenüber, in welcher der dolus eventualis nicht gehörig ausgeschieden war, richtig sind [8]), oder ungerechtfertigt erscheinen, insofern sie von einer falschen Begriffsbestimmung des dolus und der culpa ausgehen [9]), oder sich darauf beschränken eine Concurrenz von dolus und culpa zu leugnen [10]).

---

5) Vgl. oben §. 34. Anmerk.
6) Oben a. a. O.
7) Vgl. Bibliothek f. peinl. Rwissensch. II. 1. S. 234 flg. u. Lehrb. §. 60.
8) Berner Imput. S. 259. Roßhirt Entwickel. S. 183 flg.
9) Luden Handb. I. §. 39.
10) Heffter Lehrb. 3. Aufl. §. 70. N. 7. will nur zur luxuria oder culpa

c. Der Zufall.

§. 41. Die Zurechnung des Erfolges einer menschlichen Thätigkeit wird völlig ausgeschlossen, wenn das Geschehene in keiner Beziehung mehr als ein Gewolltes erscheint. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Mensch, durch eine äußere Gewalt bezwungen, nur als Naturobject wirkend einen Erfolg ohne seinen Willen verursacht. Von dieser den Willen aufhebenden absoluten Gewalt ist dagegen zu unterscheiden der durch Drohung ausgeübte Zwang, welcher zwar die Wahlfreiheit des Willens beschränkt, niemals aber aufhebt. Wenn das preußische Strafgesetzbuch (§. 40.) gleichwohl annimmt, daß unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbrechen oder Vergehen nicht vorhanden sei, weil zur Zeit der That die freie Willensbestimmung des Thäters durch Drohung ausgeschlossen gewesen sei, so wird doch hieraus nicht gefolgert werden dürfen, daß diese Bestimmung bedeutungslos und völlig unwirksam darum sei, weil jene Voraussetzung in Wahrheit nie eintritt; vielmehr ist sie dahin auszulegen, daß die Strafbarkeit überall ausgeschlossen werden soll, wo in Folge einer Drohung der gewollten Rechtsverletzung der Character des criminellen Unrechtes genommen wird. Dies ist aber allerdings der Fall, wofern vermöge der Drohung der Handelnde wirklich in einen Nothstand versetzt wurde, durch welchen er sich für die rechtsverletzende Thätigkeit bestimmen ließ.

Anmerk. Die Ausschließung der Zurechnung[1]) durch Gewalt (vis absoluta) hat nie einem Zweifel unterlegen, und nur das möchte noch besonders hervorzuheben sein, daß auch die Gewalt die Zurechnung nicht ausschließt, wofern Jemand einen beabsichtigten Erfolg dadurch verwirklicht, daß er sich vorsätzlich einer solchen Gewalt aussetzte. Streitig ist

---

lata zurechnen. In der 4. Aufl. übergeht er die Concurrenz von dolus und culpa mit Stillschweigen.

1) Die Zurechnung einer bestimmten Wirkung, deren natürliche Ursache ein Mensch war, ist es, die durch die stattgehabte Gewalt ausgeschlossen wird, nicht die Zurechnungsfähigkeit, vergl. Luden Handb. I. S. 338. Berner Imput. S. 51. Köstlin N. Revis. S. 181, und darum empfiehlt sich die Fassung von §. 40. des preuß. Strafgesetzbuches, welcher die Gewalt mit Gründen der Unzurechnungsfähigkeit zusammenstellt, sehr wenig.

dagegen bis in die Gegenwart der Einfluß der Drohung auf die Zurechnung. Wenn Feuerbach und alle die annähernd seiner Theorie folgen, die Drohung als Aufhebungsgrund der Zurechnung betrachten, weil das gedrohte Uebel die Wirksamkeit der Strafandrohung des Gesetzes paralysire, so ist dies eine Consequenz der Abschreckungs- und Präventionstheorie, die freilich so wenig wie der Grundsatz, daß der Staat keinen Heroismus fordern dürfe, jetzt einer besondern Widerlegung bedarf. Die Drohung läßt immer die Möglichkeit ihr nachzugeben oder, wenn man ihr nicht zu widerstehen vermag, sich dem gedrohten Uebel zu unterwerfen, und damit eine freie Willensbestimmung übrig, hebt also unter keiner Bedingung die Möglichkeit der Zurechnung auf. Insofern sie aber die Freiheit thatsächlich beschränkt, kommt sie als ein Strafmilderungsgrund in Betracht, was weiter unten näher zu begründen sein wird. So richtig es aber auch ist, daß die Drohung die Zurechnung nie ausschließt, so wird sich doch schon das natürliche Rechtsgefühl dagegen auflehnen, daß darum, trotz der Drohung, in jedem Falle gestraft werden müsse. Wenn daher sehr vielfach bedingungsweise die Straflosigkeit einer in Folge der Drohung begangenen Rechtsverletzung behauptet [2]), und diese durch Annahme eines Nothstandes gerechtfertigt worden ist, so mag Köstlin [3]) zugegeben werden, daß dabei der Begriff des Nothstandes meist sehr schief und ungenügend bestimmt war, nur daß er selbst in dieser Beziehung nicht glücklicher als seine Vorgänger gewesen ist. Andrerseits ist es, trotz Köstlins Einwendungen, als ganz richtig anzuerkennen, daß durch die Drohung der Bedrohte möglicherweise in einen Nothstand versetzt wird. Die Wirkung desselben ist aber, wie unten näher zu entwickeln sein wird, die, daß die Handlung, zu welcher der Bedrohte sich durch die Noth bestimmen ließ, zwar eine wirkliche und zuzurechnende Rechtsverletzung ist, die aber nur den Character des civilen nicht des criminellen Unrechtes hat, so daß darum nicht die Zurechnung wohl aber die Strafbarkeit ausgeschlossen wird. Die Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches in Betreff der Drohung war hier also nur zu erwähnen, weil es dieselbe irrthümlich als Aufhebungsgrund der Zurechnung betrachtet, während sie nur bedingungsweise einen Aufhebungsgrund der Strafbarkeit ist, was weiter unten in der Lehre vom Nothstande zu erörtern sein wird.

---

2) Grolman §. 41. **Wächter I. §. 68. Heffter §. 40. Luden Handb. S.** 337 **N.** 2. **und S.** 304 **flg. Mittermaier zu F. §.** 91. **N.** 1. **Marezoll S.** 93.

3) System S. 160.

§. 42. Wird durch den Zwang die Zurechnung ausgeschlossen, weil trotz der bewußten Wirksamkeit, in welche der Mensch durch den Zwang versetzt wird, jede Vermittelung des Erfolges mit dem Willen fehlt, so findet das gleiche statt, wenn trotz des gewollten Erfolges die Vermittelung desselben mit dem Wissen gerade in der Beziehung fehlt, in welcher er allein als ein criminelles Unrecht erscheint, d. h. wenn ein Irrthum in Betreff der thatsächlichen Voraussetzungen stattfand, vermöge deren der gewollte Erfolg seine eigenthümliche strafrechtliche Bedeutung erhält. Hierbei ist die Voraussetzung die, daß dieses Nichtwissen, der Irrthum, nicht ein schuldhafter war, d. h. daß er nicht ein Rechtsirrthum, sondern ein in dem concreten Falle unvermeidlicher Irrthum in den Thatumständen war. Jedoch wird die Zurechnung des eingetretenen Erfolges der Handlung immer nur in dem Maße ausgeschlossen, in welchem derselbe durch den stattgehabten Irrthum bedingt erscheint [1]).

Anmerk. Der Irrthum äußert in strafrechtlicher Beziehung sehr verschiedenartige Wirkungen, die im Systeme unmöglich alle an einem Punkte behandelt werden können. Auszuschließen ist daher hier die Frage nach dem Rechtsirrthume, so wie nach dem factischen Irrthume insoweit er die Grundlage für die culpa oder die Concurrenz von dolus und culpa ausmacht. Vielmehr ist hier nur die Rede von dem unvermeidlichen und darum entschuldbaren factischen Irrthume, welcher die Zurechnung ausschließt, weil der Erfolg zwar in seiner thatsächlichen nicht aber in seiner rechtlichen Bedeutung gewollt und beabsichtigt war. Von solchem Irrthume ist darum namentlich auch zu unterscheiden der Irrthum, welcher sich gar nicht auf den beabsichtigten Erfolg und dessen rechtliche Bedeutung, sondern auf den Zweck der Handlung bezieht, und darum an sich gar keinen Einfluß auf die Zurechnung ausübte. Wenn nämlich der eingetretene Erfolg ein in jeder Beziehung wirklich beabsichtigter war, aber dem Zwecke des Handelnden darum nicht zu dienen vermag, weil dieser sich im Objecte irrte, so ist dieser Irrthum für die Zurechnung durchaus gleichgiltig [2]). Wer absichtlich den A. tödtet, den er irrthümlich für den B. hielt, an welchem er sich rächen wollte, hat freilich seinen Zweck sich zu rächen nicht erreicht,

---

1) Preuß. Strafgesetzb. §. 44.
2) Vgl. Köstlin System §. 75. Anm. 1.

kann darum aber die absichtliche Tödtung nicht von sich ablehnen. Auch dann, wenn der Handelnde irrthümlich ein untaugliches Object oder untaugliche Mittel wählte, und darum nur ein Versuch vorliegt, worüber das Nähere weiter unten, ist es nicht der Irrthum an sich, vermöge dessen ein geringerer Grad der Schuld und Strafbarkeit vorliegt. Bei dem die Zurechnung ausschließenden Irrthume ist also die wesentlichste Aufgabe die, ihn von dem factischen Irrthume, welcher zur Fahrlässigkeit zuzurechnen ist, zu unterscheiden, was in Rücksicht auf die Vermeidlichkeit oder Unvermeidlichkeit nur im concreten Falle geschehen kann. Wie in dieser Beziehung die ältere Doctrin selbst bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts das Gebiet der culpa ungebührlich ausdehnte, besonders vermöge des Grundsatzes, daß die culpa in Rücksicht auf das versari in re licita oder illicita zu bestimmen sei [3]), ist bereits gezeigt worden. In der neueren Doctrin herrscht im Wesentlichen völlige Uebereinstimmung in der Beziehung, daß die Unvermeidlichkeit des Irrthums es sei, welche den Grund der auszuschließenden Zurechnung bildet [4]). Dagegen herrscht in einer andern Beziehung nicht immer genügende Klarheit. Soll nämlich vom Irrthum speciell als einem Aufhebungsgrunde der Zurechnung die Rede sein, dann ist die nothwendige Voraussetzung die, daß der Erfolg in seiner thatsächlichen Gestaltung gewollt und beabsichtigt war, und daß sich der Irrthum nur auf factische Voraussetzungen bezog, vermöge deren der beabsichtigte Erfolg erst seine strafrechtliche Qualification erhält, so daß der Handelnde entweder den eingetretenen und beabsichtigten Erfolg irrthümlich für einen erlaubten ansah, oder bei Ausführung der als strafbar gekannten und beabsichtigten Handlung die factischen Voraussetzungen nicht kannte, aus denen sich ein erhöhtes Maß der Schuld ergiebt. Wenn dagegen vermöge unvermeidlichen Irrthums ein überhaupt nicht beabsichtigter Erfolg eintrat, dann fehlt die Vermittelung desselben nicht bloß mit dem Wissen, sondern auch mit dem Wollen, und nicht der Irrthum, sondern im Unterschiede von ihm der Zufall, im engern Sinne, ist es der die

---

3) Seine Nachwirkungen erstrecken sich freilich auch noch bis in die neuere Gesetzgebung, z. B. Bayer. Gb. 121 u. 65. Sächs. Gb. 68. Würtemb. Gb. 100. Braunschwg. Gb. 32.

4) Pfotenhauer Der Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit. Geib im N. A. 1837 S. 561. 1838 S. 36. Luden Abhandl. II. 299—331. Handbuch I. S. 262 u. 290. Feuerbach §. 90. Martin §. 40. Abegg §. 89. N. 4. Heffter §. 55. 57. Berner Imput. S. 59 flg. Köstlin N. Revis. §. 89. System S. 161 flg. Die abweichende Ansicht Ludens gründet sich zum Theil auf seine eigenthümliche Auffassung der culpa, zum Theil auf den unverständlichen Unterschied von Irrthum und Nichtwissen.

Zurechnung ausschließt [5]). Darum wird in den meisten, aber doch nicht nothwendig in allen Fällen, in denen wirklich der Irrthum die Zurechnung ausschließt, es sich um eine criminelle Rechtsverletzung handeln, die überhaupt nur in der Form des dolus begangen werden kann. In solchen Fällen wird dann freilich die Vermeidlichkeit oder Unvermeidlichkeit des Irrthums gleichgiltig erscheinen, da auch der vermeidliche Irrthum keine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet. Dagegen ist es falsch zu sagen, daß in solchen Fällen auch der vermeidliche Irrthum die Zurechnung ausschließe [6]). Eine solche findet dann immer statt, nur daß sie keine strafrechtliche, sondern eine civilrechtliche oder nur sittliche Bedeutung hat. Es ist aber von Interesse, auf solche für die Praxis gleichgiltige Dinge aufmerksam zu machen, da es der gefährlichste Fehler ist, wenn man die Zurechnungslehre nur in Rücksicht auf die Interessen des Strafrechtes construiren will.

Wenn §. 44. des preußischen Strafgesetzbuches der Unvermeidlichkeit des Irrthums nicht gedenkt, und wenn überdies, bei der Redaction des §. 44. [7]) mit Absicht aus der frühern Bestimmung, daß in Folge des Irrthums eine Handlung nicht als vorsätzliches Verbrechen zugerechnet werden solle, das Wort „vorsätzlich" weggelassen worden ist, so ist daraus keineswegs mit Goltdammer zu folgern, daß bei der Vermeidlichkeit des Irrthums keine Zurechnung zur Fahrlässigkeit stattfinden solle. Nicht zu solchem Zwecke, sondern weil man überhaupt keine allgemeinen Bestimmungen über Bestrafung der culpa aufnehmen wollte, ist jenes Wort gestrichen worden [8]), so daß auch hier die Feststellung einer strafbaren culpa der Wissenschaft und dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt. Die von Temme [9]) gerügte Mangelhaftigkeit der Fassung des §. 44. mag zugegeben werden, sie wird aber der Praxis kaum irgend welche Schwierigkeiten bereiten [10]). Daß Temme das Erforderniß der Unvermeidlichkeit des Irrthums ausdrücklich verwirft, folgt aus seinen Ansichten über das Wesen der culpa, und bedarf hier keiner Widerlegung. Gegen die weitere Folgerung aber, daß der Rechtsirrthum für den Handelnden eben auch nur ein factischer

---

5) Vgl. Feuerbach a. a. O. Auch Berner, dessen erstes S. 64 angeführtes Beispiel, gar nicht ein Beispiel des Irrthums sondern Zufalles ist, begeht diesen Fehler.

6) So z. B. Köstlin Syst. S. 162. Vgl. Roßhirt Entw. S. 211.

7) Goltdammer Mat. I. S. 380.

8) Vgl. Temme Lehrb. S. 187.

9) Lehrb. S. 184.

10) Oppenhoff zu §. 44. N. 2. zeigt den Ausweg aus dem Dilemma, daß nur von Eigenschaften der Personen und nicht auch der Sachen die Rede ist.

Irrthum sei, und deshalb in Betreff der Zurechnung die gleiche Wirkung wie dieser äußere, muß entschieden protestirt werden. Was zunächst das preußische Strafrecht betrifft, so ist darum, weil das Strafgesetzbuch über den Rechtsirrthum schweigt, durchaus nicht, wie Temme meint, res integra vorhanden, indem auch für das Strafrecht seine Ansicht allerdings durch §. 3. des Gesetzes vom 3. April 1846 ausgeschlossen ist, wie darauf die erste Kammer bei den Verhandlungen über den Rechtsirrthum ausdrücklich Bezug nahm. Sein Einwand [11]), daß jenes Gesetz vom Rechtsirrthum nicht spreche, ist richtig, sofern es nicht nur um das Wort handelt, nicht wenn die Sache gemeint ist. Erklärt nämlich jenes Gesetz die Verbindlichkeit und Wirksamkeit eines Gesetzes in der unzweideutigsten Weise vom Wissen oder Nichtwissen desselben unabhängig, so ist damit auch die Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthums ausgesprochen. Was aber die weitere Begründung seiner Ansicht betrifft, so läuft Alles auf einen sittlichen Subjectivismus hinaus, der sich überall damit begnügt nach eigenem Wissen und Gewissen, gleichviel wie es beschaffen ist, gehandelt zu haben.

§. 43. Die Zurechnung wird endlich auch ausgeschlossen, wenn an ein gewußtes und gewolltes Thun sich ein Erfolg anschließt, der weder zum Willen noch zum Wissen des Handelnden in irgend einer Beziehung steht. Wir bezeichnen einen solchen Erfolg im engern Sinne als einen zufälligen, während im weitern Sinne überhaupt Alles, was der Handelnde nicht als das Seinige anzuerkennen hat und also von der Zurechnung ausgeschlossen wird, als zufällig zu bezeichnen ist. Der zufällige Erfolg hört also nicht auf ein solcher zu sein, wenn auch die menschliche Handlung insoweit Ursache desselben war, als sie die weiteren ihn bewirkenden Ursachen in Bewegung setzte, vorausgesetzt, daß der Handelnde den Causalzusammenhang seiner Thätigkeit und des Erfolges weder vorausgesehen hat noch sehen konnte.

Anmerk. Wie im römischen Rechte sich die culpa erst allmälig vom casus abschied, im einheimischen Rechte umgekehrt der casus von der culpa, ist oben gezeigt worden. Wie alle neueren Strafgesetzbücher, so hat auch das preußische den im A. L. R. II. 20. §. 36. noch besonders erwähnten Zufall als einen sich von selbst verstehenden Ausschließungsgrund der Zurechnung vorausgesetzt.

---

11) Lehrb. S. 190.

2. Die That.

§. 44. Die Antwort auf die Frage: ob und in wie weit das Gewollte und das Geschehene eins sind, mit welcher allein die formelle Zurechnung sich zu beschäftigen hat, ist eine verschiedene nicht bloß in Rücksicht auf die angegebene verschiedene Gestaltung des Willens, sondern nothwendig eben so sehr in Rücksicht auf die verschiedene Gestaltung des Geschehenen. Hiernach ist das Geschehene entweder die vollständige Darstellung des Gewollten — das vollendete Verbrechen — oder es hat sich in ihm das Gewollte nur in unvollständiger Weise verwirklicht — das versuchte Verbrechen — oder es ist endlich das Gewollte überhaupt gar nicht zur Verwirklichung gelangt.

a. Die Vollendung.

§. 45. Die volle Einheit des Gewollten und Geschehenen von der Thatseite aus betrachtet, findet statt, wenn in dem eingetretenen Erfolge das Gewollte zu seiner vollen Darstellung gelangt ist. Wenn nun zwar auch der durch Fahrlässigkeit herbeigeführte Erfolg ein gewollter ist, so liegt doch hier die Schuld des Willens in einem negativen Verhalten desselben, vermöge dessen der Erfolg nicht vorher als der positive, zu verwirklichende Inhalt des Willens gesetzt war. Von jener vollen Einheit des Gewollten und Geschehenen, welche wir in strafrechtlicher Beziehung als das vollendete Verbrechen bezeichnen, kann also nur in Betreff des beabsichtigten Erfolges die Rede sein, d. h. in Betreff eines solchen, der denkend als der zu verwirklichende Inhalt des Wollens gesetzt worden war und seine volle Verwirklichung gefunden hat. Vermöge dieser vollen im vollendeten Verbrechen sich darstellenden Einheit der Absicht und des Erfolges ergiebt dieses in objectiver Beziehung ebenso das höchste Maß der Schuld wie in subjectiver die Absicht. Das preußische Strafgesetzbuch enthält keine allgemeine Bestimmung über das vollendete Verbrechen.

Anmerk. Vollendet ist die Handlung, also auch die verbrecherische, wenn die Absicht des Handelnden in dem eingetretenen Erfolge ihre volle

Darstellung und Verwirklichung gefunden hat. Soll aber eben nicht bloß von einer vollendeten Handlung, sondern einem vollendeten Verbrechen die Rede sein, so wird freilich die volle Objectivirung der verbrecherischen Absicht auch alle zum Thatbestande des betreffenden Verbrechens erforderlichen Momente in sich enthalten. Vom Standpunkte des positiven Rechtes aus ist darum auch dagegen nichts einzuwenden, wenn man als Vollendung des Verbrechens diejenige beabsichtigte That bezeichnet, welche alle nach dem Gesetze zum Begriffe des Verbrechens gehörigen Merkmale in sich vereinigt. Als beabsichtigt muß aber die That darum bezeichnet werden, um in solcher Weise das culpose Verbrechen auszuschließen, denn wenn sich zwar auch bei diesem alle jene Merkmale vereinigt finden, so ist doch bei ihm ebenso die Kategorie der Vollendung wie des Versuches ausgeschlossen, und es ist unrichtig zu sagen: das culpose Verbrechen werde immer nur als vollendetes bestraft[1]). Wann ein Verbrechen vollendet sei, ist hiernach eine Frage, welche sich nur in Rücksicht auf das besondere fragliche Verbrechen entscheiden läßt, weshalb auch alle hieran sich knüpfenden Streitfragen erst im besondern Theile ihre genügende Erledigung finden können. Im Allgemeinen kann hier nur der Grundsatz ausgesprochen werden, daß es an sich kein vorsätzliches Verbrechen giebt, das seiner Natur nach die Möglichkeit des Versuches ausschlösse und nur als vollendetes vorkommen könnte. Wenn man gleichwohl solche Verbrechen namhaft zu machen versucht hat[2]), so hat dies, von anderen Irrthümern abgesehen, zum Theil auch darin seinen Grund, daß man sich über den Unterschied der Absicht und des Zweckes des Handelnden nicht völlig klar geworden war. Zum Begriffe der Vollendung gehört nur die vollständige Realisirung der Absicht, wogegen es ganz gleichgiltig ist, ob der eingetretene beabsichtigte Erfolg sich als solcher erweist, der dem Zwecke des Handelnden genügt oder nicht. Weiter hat auch die Behandlung, welche Versuch und Vollendung in den meisten neueren Gesetzgebungen gefunden hat, zu mancherlei Irrthümern Veranlassung gegeben. Es ist freilich eine an sich ganz richtige, consequente Forderung, welche Luden an das positive Recht stellt, daß es nämlich entweder durch eine allgemeine Bestimmung den Versuch für strafbar erkläre, oder die einzelnen Versuchshandlungen der Form nach als vollendete Verbrechen behandle und mit Strafe bedrohe, nicht aber beide Wege

1) Wie auch Temme Lehrb. S. 268 sehr richtig hervorhebt. Vgl. Köstlin System S. 252.

2) Mittermaier im N. A. IV. S. 17 flg. Martin §. 49. N. 2. Brackenhöft im A. 1847 S. 74 flg.

zugleich einschlage. Dennoch haben die neueren Gesetzgebungen, und so auch die preußische, dies in der Regel gethan, weil es in manchen Fällen darauf ankam bei Bestrafung des Versuches rücksichtlich des Strafmaßes dem richterlichen Ermessen keinen allzugroßen Spielraum zu gewähren. Damit entsteht aber die Frage: ob solche Verbrechen, die das Gesetz als vollendete ansieht, während sie an sich nur der Versuch zur Realisirung einer weiter gehenden verbrecherischen Absicht sind, nur als vollendete vorkommen können, oder ob auch bei ihnen die Möglichkeit eines Versuches d. h. in Wahrheit des Versuches eines Versuches zu statuiren ist, was weiter unten näher zu erörtern sein wird.

b. Der Versuch.

§. 46. Ein versuchtes Verbrechen ist die That insofern in ihr die verbrecherische Absicht zufällig nicht zur vollständigen Verwirklichung gelangt ist. Der Versuch enthält daher nothwendig alle zum Wesen der Handlung gehörende Momente, und ist an sich stets eine zum Abschluß gekommene Handlung, die einen bestimmten Erfolg gehabt hat. Das Wesentliche des Versuches ist es aber, daß dieser Erfolg nicht an sich, sondern in seiner Beziehung auf die in ihm sich darstellende und über ihn hinausgehende Absicht des Handelnden in Betracht kommt [1].

Anmerk. Die Lehre des römischen Strafrechtes vom Versuche hat eine sehr vollständige dogmengeschichtliche Darstellung erfahren durch Cropp, Zachariä und Luden. Hiernach bleibt jedenfalls die Behandlung des Versuches im ältern römischen Strafrechte sehr zweifelhaft [2]. Unzweifelhaft ist es dagegen, daß seit Sulla's Strafgesetzgebung Versuchshandlungen nur insoweit, als sie vom Gesetze formell als selbständige vollendete Verbrechen

---

1) Die Lehre vom Versuche hat eine ziemlich umfangreiche Litteratur aufzuweisen. Aus der neueren Zeit kommen hauptsächlich in Betracht: Cropp Comment. de praec. iur. rom. c. puniend. conat. delict. 1813. Lelièvre Comment. de conat. del. 1828. Mittermaier im N. A. I. S. 163 flg. II. S. 602 flg. IV. S. 1 flg. X. S. 536 flg. Hepp Versuche Nr. 10 und im N. A. 1836. Zachariä Lehre vom Versuche 1836. 1839. Luden Ueber den Versuch u. s. w. in d. Abhandl. I. Pfotenhauer Einfluß des fact. Irrthums u. s. w. Bauer Abhandl. I. S. 305 flg. Brackenhöft im A. 1847 S. 58 flg. Köstlin N. Revis. §. 117 flg. System S. 214 flg. Otto Vom Versuch 1854. Osenbrüggen Abhandl. I. S. 34 flg. Die bedeutenderen der hierher gehörigen Diss. bei Zachariä a. a. O.

2) Cropp a. a. O. II. 40. 65. 82. Zachariä I. S. 106 flg. Luden S. 58 flg. Vgl. Rein S. 123. Köstlin Mord und Todtschlag S. 42 flg.

behandelt waren, bestraft wurden, und zwar stets in gleichem Maße wie das ihnen entsprechende vollendete Verbrechen, mit anderen Worten: daß eine allgemeine technische Unterscheidung des Versuches und der Vollendung nicht stattfand, sondern immer nur das im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen vollendete Verbrechen bestraft wurde [3]). Bestritten ist dagegen wiederum die Frage, ob auch das spätere justinianische Recht an diesem Standpunkte streng festgehalten habe? In dieser Beziehung läßt sich nicht leugnen, daß in der Doctrin die Begriffe des Versuches und der Vollendung sich allmälig entwickelten, wie denn auch darauf bezügliche Ausdrücke in die Quellen übergingen, und daß ferner auf dem Wege der Gesetzgebung die Fälle strafbarer Versuchshandlungen sehr vermehrt wurden, wobei es sogar als der allgemein leitende Grundsatz des römischen Rechtes ausgesprochen wird, daß der Versuch ebenso wie die Vollendung bestraft werde [4]); ja es ist augenscheinlich die cognitio extra ordinem endlich wohl auch die Veranlassung gewesen, in manchen Fällen den Versuch selbst ohne besondere gesetzliche Bestimmung und selbst in geringerm Maße als die Vollendung zu bestrafen [5]). Aber wie nahe man damit auch dem entgegengesetzten Standpunkte gekommen war, nämlich Versuch und Vollendung in allgemeingültiger, technischer Weise zu unterscheiden und den Versuch in allen Fällen für strafbar zu erklären, so hat er doch eine principielle Anerkennung im römischen Rechte nie erlangt [6]).

Dem ältern germanischen Strafrechte ist eine bewußte Unterscheidung des Versuches und der Vollendung durchaus fremd [7]). Dem Character desselben, wonach es überwiegendes Gewicht auf die Thatseite legt, entspricht es, wenn es die meisten germanischen Volksrechte Versuchshandlungen nur insofern sie eine vollendete Rechtsverletzung enthalten, und auch dann ohne Rücksicht auf das Strafmaß des beabsichtigten Verbrechens, bestrafen. Ein Fortschritt giebt sich aber in dieser Beziehung schon früh dadurch kund, daß, obwohl nur die in der Versuchshandlung enthaltene vollendete Rechtsverletzung bestraft wird, dennoch auf die weiter gehende Absicht hingedeu-

---

3) Dies ist zwar noch von Roßhirt Entw. S. 320, Schröter §. 83., Wächter I. §. 85., in neuster Zeit aber von Niemand mehr bestritten worden.

4) L. 5. pr. C. 9. 8.

5) Vgl. die Ausführung bei Zachariä II. §. 187 flg.

6) Der von Köstlin System S. 215—16 unternommene Beweis, daß dies wirklich geschehen sei, kann den Ausführungen Zachariä's und Ludens gegenüber als gelungen nicht betrachtet werden.

7) Wilda S. 598 flg. hat auch in dieser Beziehung, wie Köstlin mit Recht hervorhebt, dem ältern germanischen Rechte einen Standpunkt geistiger Entwickelung untergeschoben, der ihm fremd war.

tet, oder wohl auch auf die größere oder geringere Gefährlichkeit der Handlung Rücksicht genommen wird [8]), so wie ferner dadurch, daß wenigstens in einzelnen Fällen die Versuchshandlung auch ohne einen besondern rechtsverletzenden Erfolg und in Rücksicht auf das Strafmaß des beabsichtigten vollendeten Verbrechens mit Strafe bedroht wird [9]). Jedenfalls giebt sich die characteristische Verschiedenheit des germanischen und römischen Strafrechtes sehr entschieden darin kund, daß jenes selbst dann, als es der strafbaren Versuchshandlung eine bewußte Beziehung auf das beabsichtigte vollendete Verbrechen gab, doch nie daran dachte Versuch und Vollendung in der Strafe auch nur annähernd sich gleichzustellen [10]). Bezeichnend für den Standpunkt des germanischen Rechtes sind die älteren christlichen Bußordnungen um so mehr, als ihre Bestimmungen in Betreff des Versuches offenbar im Widerspruche zu dem stehen, was die Eigenthümlichkeit des kirchlichen Strafrechtes zu fordern scheint, und was dies später durch seinen vorwiegenden Anschluß an die Normen des römischen Rechtes als das Richtige anerkannte [11]). Während sie ganz vollkommen auf dem Standpunkte der germanischen Volksrechte stehen, unterscheiden sie sich von diesen nur durch das klarer und bestimmter ausgesprochene Bewußtsein des Unterschiedes von Versuch und Vollendung, und des Grundsatzes, daß der Versuch in allen Fällen weniger strafbar sei; ja es werden sogar sehr entschiedene Versuchshandlungen straflos gelassen, weil der mangelnde Erfolg zeige, daß Gott den Handelnden vor der Sünde bewahrt habe [12]). Wie in vielen Beziehungen so giebt auch in Betreff des Unterschiedes von Vollendung und Versuch das mittelalterliche Strafrecht den eigenthümlichen Character des germanischen Rechtes womöglich noch entschiedener zu erkennen als die Volksrechte. Vom Versuche als solchen im Unterschiede von der Vollendung ist kaum irgend die Rede [13]), und zwar eben so wenig in den Rechtsbü-

---

8) L. Burgund. XV. 1. XXVII. 7. Add. XVI. 1. L. Rotharis c. 289. L. Wisig. VI. 4, 2. VIII. 6, 3. L. Baiuv. III. 7. L. Rothar. c. 139—141.

9) So besonders in der L. Salica, wobei aber in Betreff der von Wilda angeführten Stellen die Ergebnisse der neuern Textkritik besondere Beachtung verdienen. Cf. L. Sal. (ed. Merkel) XVI. XVII. 1. u. 2. XIX. 1. 2. XLI. 5. Dagegen steht auch die L. Sal. in Betreff des Diebstahls noch auf dem alten Standpunkte. L. Sal. XXVII. 6. 7. 10.

10) Wie Luden S. 305 behauptet.

11) C. 6. 9—17. 19. D. 1. Caus. 33. qu. 3. C. 3. X. de spons. 4, 1. c. 7. X. de eo qui cogn. 4, 13. C. 1. de homicid. in VIto 5, 4.

12) Poenit. Vinniai §. 8. 17. Capit. Dacheriana c. 62. Poenit. Theodor. VI. §. 4. Poenit. Columbani c. 11. Poenit. Pseudo Gregor. c. 6. Poenit. Pseudo Theodor. c. 20.

13) Die Stelle, die besonders dafür anzuführen wäre, Schwäb. L. R. 326 (Laßb.), ist der L. Alam. c. 71. entnommen.

chern und Statutarrechten wie in der Reichsgesetzgebung. Aber selbst die Strafbestimmungen, in denen Versuchshandlungen als selbständige vollendete Verbrechen behandelt werden, sind im Ganzen seltener als in den Volksrechten, und wo sie vorkommen, giebt sich nicht einmal, in der Art wie in den Volksrechten, eine Reflexion auf die weiter gehende verbrecherische Absicht, noch weniger eine Berücksichtigung der Strafe des vollendeten Verbrechens kund [14]). Dem practischen Bedürfnisse, auch Versuchshandlungen zu bestrafen, genügte das mittelalterliche Recht viel weniger dadurch, daß es einzelne solche Handlungen mit Strafe bedrohte [15]), als vielmehr durch die Aufstellung formaler Verbrechen, die ohne Rücksicht auf einen bestimmten rechtsverletzenden Erfolg nur nach der Form ihrer Begehung bestimmt erscheinen, und unter welche die meisten Versuchshandlungen sich subsumiren ließen. Dahin gehört namentlich die Noth, eine jede gegen die Person gerichtete Gewalt, die Heimsuchung oder jedes widerrechtliche Eindringen in die Wohnung, und die Lage, das heimliche Auflauern zur Begehung eines Verbrechens [16]).

Die Glosse und die älteren italienischen Criminalisten schließen sich in der Lehre vom Versuch zunächst ganz an das römische Recht an, indem sie die scheinbaren Widersprüche der Quellen durch die bei ihnen auch in vielen anderen Beziehungen einflußreiche Unterscheidung der delicta atrociora und non atrociora zu lösen suchen [17]). Hiernach soll bei ersteren

---

14) Const. pac. Mogunt. 1235, besonders die Bestimmungen über Treubruch und crimen laes. mai. Henrici VII. edict. de crim. laes. mai. 1313. Declarat. quis sit rebellis. 1313. Sächs. L. R. I. 62. §. 2. Schwäb. L. R. 98 (Laßb.). Rechtsb. nach Distinct. Dist. IV. 8. Gosl. Stat. (Göschen) S. 34. Soester Schrae Art. 32 (Emminghaus). Ruprecht v. Freising I. 207 (Maurer). Straßburger Statut v. 1245—60 über Schwertzücken. Ebenso R. der Stadt Colmar 1293. Ius municip. Isenacense 1283. Magdeburg. Schöffensprüche III. c. 5. dist. 1. Goldberger Privileg. 1211 c. 6. 7. R. von Neumarkt 1235 c. 7.

15) Abgesehen von den reichsgesetzlichen Bestimmungen über Treubruch und Hochverrath, wird in allen übrigen Rechtsquellen fast allein der gefährliche Angriff mit Waffen, das Zücken des Schwertes oder Messers auf Jemandes Schaden, erwähnt.

16) Vgl. Sächs. L. R. I. 63, 1. und das Recht von Neumarkt a. a. O. vis illata quod not dicitur, vis in propriis domibus facta quod dicitur heymsuche, et insidia quod lage dicitur. Mit Unrecht glaubt Köstlin, daß manche Versuchshandlung auch unter die Kategorie des Friedensbruches gestellt worden sei, über dessen Bedeutung im mittelalterlichen Strafrecht oben Th. I. §. 4. Nie konnte wegen Friedensbruches schlechthin, sondern immer nur wegen eines bestimmten als Friedensbruch sich qualifizirenden Verbrechens geklagt werden. Ebenso war bei der Klage auf handhafte That Vollendung des Verbrechens erforderlich.

17) Ueber diese Unterscheidung, der Cropp und nach ihm viele Neuere die der delicta publica und privata substituirt, vgl. Zachariä I. §. 88. und Birnbaum im N. A. VIII. Nr. 14. und IX. Nr. 16. und im A. 1835 Nr. 13.

der Versuch stets und zwar in gleichem Maße wie das vollendete Verbrechen strafbar sein, bei letzteren dagegen straflos [18]). Dagegen stellt schon der Canonist Durantis und nach ihm der Criminalist Angel. Aretinus dem römischen Rechte den Grundsatz des germanischen als einen in den italienischen Statuten geltenden entgegen, daß nämlich rücksichtlich der Strafe nicht bloß die Absicht, sondern auch der Erfolg entscheide, so daß also der Versuch nicht ebenso wie die Vollendung bestraft werden könne, und sein Commentator Augustinus de Francischis d'Arminio fügt hinzu, daß auch ohne die statutarrechtlichen Bestimmungen dieser Grundsatz als generalis consuetudo totius mundi gemeinrechtliche Bedeutung habe [19]). Dieser Grundsatz ist in der Doctrin des 15. und 16. Jahrhunderts der durchweg herrschende, nur daß in Betreff einzelner Verbrechen, wie des crimen maiestatis, oppugnatae patriae, simoniae, des latrocinium, assassinium, veneficium, eine Ausnahme gemacht und der Versuch der Vollendung gleichgestellt wird [20]). Dieser communis opinio der Italiener schließt sich die Bamberg. und nach ihr die Carolina Art. 178 an, nur daß Schwarzenberg den Grundsatz, daß in allen Fällen Versuch und Vollendung zu unterscheiden und jener geringer als diese zu bestrafen sei, ausnahmslos hinstellt, und sich auch in der nähern begrifflichen Bestimmung des Versuches vortheilhaft von den Italienern unterscheidet. Das Schicksal das die Carolina im Allgemeinen erfuhr, nicht gehörig verstanden und gewürdigt zu werden, wurde ihr auch in dieser Beziehung zu Theil, indem die Doctrin des 16. und 17. Jahrhunderts sich entweder lediglich an das römische Recht anschloß [21]), oder, soweit sie die Carolina berücksichtigte,

---

18) Gloss. ad L. 1. §. 1. D. quod quisq. iur. 2, 2. L. 14. D. ad L. Corn. de sic. 48, 8. L. 5. C. de episc. et cleric. 1, 3. Gandinus Rubr. de penis reor. u. Rubr. de homicid. Iacob. de Bellovisu I. 3, 13. III. 26.

19) Durant. Specul. iud. IV. tit. de accusat. §. 1. Angel. Aret. Gl. Et ex intervallo dict. Titius. Sed advertas ne erres, quia si qui cum gladio devenit ad actum proximum, animo occidendi, licet non occiderit, tenetur de sic. ac si interfecisset, ut L. 1. §. 1. D. de sic. — sed statuta per Italiam puniunt factum, et non animum. Unde ad similitudinem leg. Aquil. — alio modo castigabitur. Nach Zachariä und Luden soll Aret. über den Versuch nichts Wesentliches enthalten.

20) Nellus de S. Geminiano De bannitis 59. Nicol. Boherius De seditiosis VII. 42. Bonifacius de Vitellinis Rubr. de insultu n. 15. Decianus VII. 35., der aber selbst in atrocissimis criminibus für den conatus simplex, nicht die poena ordinaria zulassen will, cf. IX. 23. Iul. Clarus §. fin. qu. 92. Menochius De arb. iud. quaest. c. 360. Prosp. Farinacius Op. V. qu. 124. Carrerius De homicid. II. 14 seq.

21) Chilian Königs Practica. Rauchdorns Practica III. S. 55. Pernelers Halsg. O. VI. 41. 42. Remus Nem. Car. art. 178.

doch auch die Ansichten der Italiener über den Unterschied der crimina atrociora und leviora einzumischen bemüht war, wie dies namentlich auch noch bei Carpzow der Fall ist [22]). Erst Kreß [23]) war es, der die Bestimmung der Carolina über den Versuch in ihrer wahren Bedeutung, trotz der entgegenstehenden Autorität Böhmers [24]), zur Anerkennung sowohl Seitens der Doctrin wie der Gesetzgebung gebracht hat [25]). Welchen Einfluß der Grundsatz des neuern französischen Strafrechtes über die Gleichstellung des Versuches und der Vollendung auf die deutsche und preußische Gesetzgebung geäußert hat, wird sich später zeigen.

§. 47. Aus dem Wesen des Versuches ergiebt sich 1) daß der Erfolg in Bezug auf welchen die betreffende Handlung als Versuch bezeichnet werden soll, in der Absicht des Handelnden gelegen haben muß. Nur vermöge dieser bewußten Beziehung der Thätigkeit auf einen beabsichtigten Erfolg kann die Handlung als Versuch bezeichnet werden, wogegen in Betreff eines nicht beabsichtigten zur Fahrlässigkeit zuzurechnenden Erfolges eben so wenig von Versuch wie Vollendung die Rede sein kann. Das preußische Strafgesetzbuch hat dieses Erforderniß des Versuches als ein aus seinem Wesen sich von selbst ergebendes vorausgesetzt [1]).

Anmerk. Erst in der neuern Zeit ist die Behauptung aufgestellt worden, daß es einen culposen Versuch gäbe [2]), oder daß wenigstens diejenigen, welche die culpa als eine besondere Form der criminellen Schuld ansehen, folgerecht auch einen culposen Versuch statuiren müßten [3]). Die erstere Ansicht hat bereits eine vielfache Widerlegung erfahren [4]), und diese ist freilich nicht schwer, wenn man, wie gewöhnlich geschehen ist, einfach an der sprachlichen Bedeutung des Wortes „Versuch" festhält, nach welcher nothwendig ein Suchen d. h. ein bewußtes Streben nach dem beabsichtig-

---

22) Vigel Const. Car. pub. iud. c. II. Möller Comment. ad const. Sax. IV. 3. n. 26 seq. Berlich Concl. pract. IV. 6. n. 45 seq. Carpzow Pract. qu. 2. n. 51—55. qu. 17. 19. n. 52 seq. 20. n. 10—12.

23) Kress Comment. ad art. 178.

24) Medit. ad art. 178. §. 7. ad Carpz. qu. 2. obs. 4.

25) Vgl. Preuß. A. L. R. II. 20. §. 39—43.

1) Motive z. Entw. von 1850 S. 12. 13.

2) Hepp Versuche S. 259 und im N. A. 1836 S. 35—41.

3) Zerbst im A. 1856 S. 214.

4) Zachariä I. S. 37—42. Luden S. 267. Pfotenhauer a. a. O. S. 42 flg. Köstlin N. Revis. S. 340.

ten Erfolge erfordert wird. Aber man könnte dies zugeben und dennoch fordern, daß ein fahrlässiges Handeln, auch wenn es ohne rechtsverletzenden Erfolg blieb, gestraft werden müsse, wenn auch immerhin die Bezeichnung als Versuch zu verwerfen und etwa die als unternommenes oder angefangenes culposes Verbrechen zu substituiren wäre. Dies ist es, was Zerbst als Consequenz fordert, wofern in der culpa nicht bloß der Verstandesfehler, sondern eine Schuld des Willens gestraft werden solle. Die Thatsache kann nun freilich nicht geleugnet werden, daß eine Handlung ihrer objectiven Beschaffenheit nach in Beziehung auf einen nicht beabsichtigten aber möglicherweise aus ihr sich ergebenden Erfolg, auch wenn dieser nicht eintrat, als eine fahrlässige bezeichnet werden kann. Wer auf der belebten Straße der Stadt ein scharf geladenes Gewehr abschießt, handelt fahrlässig, gleichviel ob der Schuß eine Beschädigung zur Folge hatte oder nicht. In dem fahrlässigen Benehmen, auch wenn es durch einen glücklichen Zufall ohne schädlichen Erfolg blieb, giebt sich also gewiß das schuldhafte negative Verhalten des Willens kund, und darum ist es gewiß als eine sittlich schuldhafte Handlung zuzurechnen. Die weitere Frage ist aber die, ob es zugleich auch als eine criminelle Schuld zuzurechnen ist? und eben diese muß verneint werden. Die criminelle Schuld erfordert nicht bloß, daß sich ein schuldhafter Wille irgendwie kundgegeben habe, sondern daß eine in der Handlung sich verwirklichende Rechtsverletzung vorliege. Eine solche ist vorhanden in dem vollendeten Verbrechen, aber auch in dem versuchten, denn obwohl die besondere Form und Gestalt des Rechtes, gegen welche der Versuch sich richtete, noch nicht verletzt ist, so hat sich doch vermöge der vorhandenen verbrecherischen Absicht die bewußte und gewollte Entgegensetzung gegen das Recht an sich verwirklicht. Bei dem fahrlässigen Benehmen dagegen, bei welchem der Erfolg, in Beziehung auf welchen es als fahrlässig bezeichnet werden kann, nicht eintrat, fehlt gerade das Moment, durch welches allein der Versuch als Rechtsverletzung erscheint. Das fahrlässige Verbrechen könnte freilich als solches nicht zugerechnet und bestraft werden, wenn ihm nicht eine sittlich schuldhafte Willensbestimmung zu Grunde läge. Ohne sie würde es als eine zufällige Beschädigung erscheinen, bei der nie von Bestrafung einer gar nicht vorhandenen Rechtsverletzung, sondern höchstens von der Bestrafung des Ungehorsams gegen ein polizeiliches Verbot die Rede sein könnte. Bei dem ohne Erfolg gebliebenen fahrlässigen Benehmen bleibt also wohl eine in der Handlung sich kundgebende sittliche Schuld übrig, aber es fehlt wegen der mangelnden Rechtsverletzung an jeder criminellen Schuld. Die Consequenz, welche Zerbst uns zumuthet, müssen wir also umgekehrt von ihm

fordern. Weil wir die culpa als eine Form der criminellen Schuld betrachten, so betrachten wir auch die culpose Beschädigung nicht bloß als solche, sondern als eine Rechtsverletzung, die bestraft werden und deren Beschaffenheit zugleich von bestimmendem Einfluß auf das Strafmaß sein muß. Eben darum aber verwerfen wir den culposen Versuch, weil die Handlung, die als solche betrachtet werden soll, zwar eine sittlich schuldhafte und für das Recht bedrohliche sein mag, aber in keiner Beziehung eine rechtsverletzende ist. Wer dagegen wie Zerbst und Temme im fahrlässigen Verbrechen gerade das Verbrechen und die Rechtsverletzung leugnet, und nur die Unvorsichtigkeit und Gefährlichkeit des Benehmens polizeilich bestraft wissen will, der wird folgerecht ein solches Benehmen, wo es sich überhaupt in der Handlung kundgiebt, ohne Rücksicht darauf, ob ein schädlicher Erfolg eintrat oder nicht, bestrafen müssen. Hiernach versteht es sich also auch von selbst, daß solche bestimmte Handlungen, die als das Recht bedrohende und gefährdende polizeilich verboten sind, nur als selbständige Polizeiübertretungen, nicht aber als culpose Versuchshandlungen bestraft werden [5]).

Daß das preußische Strafgesetzbuch nur in Bezug auf das beabsichtigte Verbrechen die Möglichkeit eines Versuches annimmt, kann, obwohl es dies nicht besonders ausspricht, nach den Materialien und der Fassung der §§. 31—33. in keiner Beziehung zweifelhaft sein [6]).

In Bezug auf die viel besprochene Frage: ob der Versuch eine bestimmte Absicht voraussetze oder auch bei unbestimmter Absicht möglich sei? kommt natürlich Alles darauf an, was unter unbestimmter Absicht verstanden wird. Könnte es überhaupt wirklich eine unbestimmte Absicht geben, so würde bei solcher die Möglichkeit des Versuches zu leugnen sein, da es auch hier der Handlung an der bewußten Beziehung auf einen bestimmten beabsichtigten Erfolg fehlen würde. Versteht man dagegen unter unbestimmter Absicht eine jede, die nicht dolus determinatus ist, so muß obige Frage bejaht werden. In Rücksicht auf die oben erörterten Gestaltungen der Absicht sind folgende Fälle zu unterscheiden. Wenn 1) die Absicht eine eventuell bestimmte war, d. h. wenn der Handelnde mehrere mögliche Erfolge gleichsehr als seindürfende setzt, und es dem Zufall überläßt, welcher Erfolg wirklich sein wird, so liegt mit dem Eintritt eines dieser

---

5) Vgl. Luden Handb. I. S. 387 flg. Köstlin System S. 221.
6) Beseler Komment. S. 141. Goltdammer Mat. I. S. 253—254. Temme Lehrb. S. 267. Oppenhoff zu §. 31. N. 1. Zachariä in Goltdammers A. III. S. 302.

Erfolge ein einfaches vollendetes Verbrechen vor, in welchem die Absicht zur vollständigen Verwirklichung gelangt ist, so daß darum die anderen möglichen Erfolge nicht weiter in Betracht kommen, und das vollendete Verbrechen nicht etwa in Bezug auf sie zugleich noch als Versuch betrachtet werden kann. Tritt dagegen keiner der eventuell beabsichtigten Erfolge ein, so ist die Handlung, wofern nur den sonstigen Erfordernissen genügt ist, als eine Versuchshandlung und zwar in Bezug auf das schwerste der eventuell beabsichtigten Verbrechen zu betrachten, da der Handelnde seine Thätigkeit jedenfalls auch auf dessen Verwirklichung ursächlich bezogen hat. Wenn dagegen 2) die ausschließlich bestimmte Absicht mit der eventuellen concurrirt, und zwar a) in der Art, daß der Handelnde einen Erfolg als den seinsollenden, einen andern als den zugleich seindürfenden gesetzt hat, so ist hierbei das Eigenthümliche, daß weder in der Wirklichkeit noch in der Absicht des Handelnden der Eintritt des einen Erfolges den des andern ausschließt, sondern daß beide zugleich eintreten können und dürfen. Das Verhältniß bleibt natürlich dasselbe, wenn mehrere Erfolge als die seinsollenden oder seindürfenden beabsichtigt sind. Wenn in solchem Falle beide Erfolge zugleich eintreten, so liegen entweder zwei verschiedene, vollendete und concurrirende Verbrechen vor, oder ein vollendetes Verbrechen von quantitativ größerm Umfange, z. B. wenn nach der Absicht des Brandstifters ein Haus abbrennen sollte, ein zweites aber mit abbrannte, und nach der Absicht des Thäters mit abbrennen durfte. Trat keiner der Erfolge ein, so ist hier die Versuchshandlung als Versuch sowohl des bestimmt wie des eventuell beabsichtigten Erfolges zuzurechnen, weil der Handelnde seine Thätigkeit auf die Verwirklichung beider Erfolge *zugleich* bezog, und daraus ergiebt sich von selbst, daß wenn nur ein Erfolg eintrat, in der Handlung das vollendete Verbrechen und der Versuch des nicht vollendeten concurriren. Nur *ein* Versuch oder *ein* vollendetes Verbrechen liegt vor, wenn die Absicht eventuell nur auf einen quantitativ größern Umfang des bestimmt beabsichtigten Erfolges gerichtet war. — Die Concurrenz der bestimmten und eventuellen Absicht kann aber auch b) in der Art stattfinden, daß der eine Erfolg den andern ausschließt, z. B. wenn nach der Absicht des Handelnden eine Verwundung eintreten soll, weil sie dem Zwecke der Handlung entspricht, der Tod aber eventuell eintreten darf, weil der Handelnde diesen nicht als seinsollend gesetzten Erfolg doch rücksichtlich seines Zweckes jedenfalls dem Nichthandeln vorzieht [7]). Dieser Fall

---

7) Wenn Köstlin N. Revis. S. 347 einen solchen Fall als Concurrenz des dolus determinatus und eventualis nicht anerkennen will, so liegt das nur

ist rücksichtlich des Versuches ganz ebenso zu beurtheilen, wie der einer rein eventuellen Absicht, oder es ist in dieser Beziehung der Umstand gleichgiltig, daß der Handelnde nicht jeden der möglichen Erfolge als ein gleich geeignetes Mittel für Erreichung seines Zweckes betrachtete, sondern einem den Vorzug gab vor den anderen, weil auch hier in der Absicht des Handelnden selbst der Eintritt des einen Erfolges jeden andern ausschloß, so daß, welcher Erfolg eingetreten sein möge, die Absicht ihre volle Verwirklichung fand und in ihr kein Ueberschuß über das Geschehene vorhanden ist, vermöge dessen die Handlung als Versuch erscheinen könnte [8]). Auch die Möglichkeit eines im impetus begangenen Versuches kann in Rücksicht auf dessen oben erörtertes Wesen einem Zweifel nicht unterliegen [9]).

§. 48. Das Wesen des Versuches erfordert 2) daß zwar die Absicht durch die Handlung ihre volle Verwirklichung nicht gefunden habe, daß aber dennoch das volle Wesen der Absicht in der Handlung in erkennbarer wenn auch unvollkommener Weise sich verwirklichte. Versuch des Verbrechens ist also unvollständige Verwirklichung einer verbrecherischen Absicht, und eine solche Verwirklichung setzt voraus: a) das Dasein einer zu verwirklichenden verbrecherischen Absicht. Ein verbrecherischer Versuch ist demnach nicht enthalten in der Handlung, welche sich auf Verwirklichung einer rechtlich erlaubten, vom Handelnden irrthümlich für verbrecherisch erachteten Absicht bezieht; — b) eine vorsätzliche Thätigkeit, welche erfahrungsmäßig mit dem beabsichtigten Erfolge in wirklichem ursächlichen Zusammenhange steht, im gegebenen Falle aber nicht zur Vollendung führt, weil ein vom Handelnden bei Gestaltung seines Vorsatzes gar nicht oder

---

an seiner falschen Begriffsbestimmung beider, denn freilich wer einen Erfolg als den nothwendigen einsieht und will, kann nicht zugleich einen andern jenen ausschließenden Erfolg als möglichen wollen, wohl aber kann er einem seinsollenden gegenüber einen ihn ausschließenden seindürfenden wollen.

8) Vgl. Zachariä I. §. 29. 30. Köstlin N. Revis. S. 345—349. Dagegen Lelièvre p. 200 sq. Luden Handb. I. 382. Goltdammer I. S. 276 und Zachariä in Goltdammers A. III. S. 302 flg.

9) Anderer Meinung sind natürlich diejenigen, welche bei dem impetus die bestimmte Absicht leugnen oder einen dolus generalis annehmen. Mittermaier im N. A. IV. S. 18. X. S. 542. Jarke III. S. 346. Luden Handb. I. S. 387. Abhandl. I. S. 515. Köstlin N. Revis. S. 349. Krug Ueber dolus u. culpa S. 81. Otto a. a. O. S. 77—80. Vgl. Goltdammer I. S. 277.

in irriger Weise in Anschlag gebrachtes Moment eine, den vorausgesetzten Causalnexus auflösende, Wirksamkeit ausübt. Hiernach ist ein Versuch, trotz der verbrecherischen Absicht, nicht vorhanden, wenn die That ohne irgend ein Hemmniß ganz dem Vorsatze entsprechend sich entwickelt und gestaltet, der Erfolg aber darum nicht eintritt, weil in Wirklichkeit zwischen der vorgesetzten Thätigkeit und dem beabsichtigten Erfolge überhaupt kein ursächlicher Zusammenhang stattfindet, mit anderen Worten, wenn der Irrthum des Handelnden sich nicht auf das einen wirklichen Causalnexus auflösende Moment, sondern auf die Annahme eines nicht stattfindenden Causalnexus bezieht; — c) eine in ihrer allmäligen Entwickelung so weit fortgeschrittene und so gestaltete Thätigkeit, daß in ihr selbst, trotz der mangelnden Vollendung, der Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens sich in erkennbarer Weise darstellt. Hieraus folgt, daß eine in verbrecherischer Absicht unternommene Thätigkeit, wie weit sie auch fortgeschritten und wie nahe sie an die Vollendung herangekommen sein mag, dennoch nicht als Versuchshandlung betrachtet werden kann, wofern sie im concreten Falle ungeeignet war das volle Wesen der verbrecherischen Absicht zur erkennbaren Darstellung zu bringen. — Auf dieses letztere Moment muß die Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches: daß der strafbare Versuch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, voraussetze, bezogen werden, wogegen es in Betreff der ersteren Momente die Begriffsbestimmung des Versuches stillschweigend der Wissenschaft überläßt.

Anmerk. 1. In der noch immer so unklaren und viel bestrittenen Lehre vom Versuche, bildet den unbestrittenen Ausgangspunkt der Grundsatz: daß die verbrecherische Willensbestimmung, selbst wenn sie sich durch das Benehmen des Menschen irgendwie als verbrecherische Absicht kundgegeben haben sollte, nicht strafbar sei, daß aber zwischen der straflosen Absicht und dem strafbaren vollendeten Verbrechen der strafbare Versuch mitten inne stehe, der deshalb nach beiden Seiten abzugrenzen ist. Die Abgrenzung des Versuches nach der Seite der Vollendung unterliegt im Allgemeinen keiner Schwierigkeit und nur im einzelnen Falle mögen zuweilen Bedenken entstehen, die dann gewöhnlich in der Verschiedenheit der Ansicht

über den Thatbestand des vollendeten Verbrechens, der hier die entscheidende Norm bildet, ihren Grund haben. Desto schwieriger und streitiger ist die Abgrenzung nach der Seite der straflosen Kundgebung einer verbrecherischen Absicht. Auch in dieser Beziehung ist man, besonders seit Feuerbach mit Recht auf die Bedeutung des objectiven Momentes in der Versuchshandlung aufmerksam gemacht hat, im Allgemeinen darin einverstanden, daß zum Wesen des Versuches eben nicht bloß ein Kundgeben, sondern ein Objectiviren, eine Verwirklichung der Absicht erfordert werde. Soll aber eine verbrecherische Absicht verwirklicht werden, so versteht es sich von selbst, daß sie vorerst vorhanden sein muß. Wenn also Jemand, in einem Rechtsirrthume befangen, in der Meinung ein Verbrechen zu begehen, etwas rechtlich Erlaubtes beabsichtigt und vollbringt, so gilt auch hier in entsprechender Weise angewandt die Regel: ignorantia iuris nocet, d. h. die Handlung wird in ihrer wirklichen nicht in ihrer vermeintlichen rechtlichen Bedeutung dem Handelnden zugerechnet, wenn dies auch hier dem Handelnden vortheilhaft, im umgekehrten Falle nachtheilig ist. Nach ihrer wirklichen Bedeutung ist aber die Handlung eine rechtlich erlaubte, also in keinem Falle Versuch eines Verbrechens[1]). (Das Wahnverbrechen oder putative Verbrechen).

Ist eine wirklich verbrecherische Absicht vorhanden, so kommt es also weiter auf deren wenn auch unvollständige Verwirklichung an. In Betreff dieses Erfordernisses tritt uns nun die noch immer nicht gelöste Streitfrage über die Möglichkeit des Versuches mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objecte entgegen, eine Frage, die in der Weise, wie sie bisher gestellt worden ist, schwerlich eine Lösung finden wird, theils weil man sich über die Bedeutung der Tauglichkeit, theils auch weil man sich darüber nicht völlig klar geworden ist, daß es sich nicht um einen singulären nebenbei zu erörternden, sondern um einen bei jeder Versuchshandlung vorliegenden Fall handelt, der über das begriffliche Wesen des Versuches entscheidet. In sehr vielen Fällen wird allerdings die Vollendung nicht gelingen vermöge einer die Thätigkeit des Handelnden paralysirenden Gegenwirkung, — z. B. indem der Regen den Zunder des Brandstifters auslöscht, indem der Stich nach dem Herzen durch eine Uhr, auf die er trifft, abgelenkt und unschädlich gemacht wird, — oder auch vermöge des

---

1) Schon in Betreff dieses so höchst einfachen Grundsatzes findet keine volle Uebereinstimmung statt, besonders weil schon das Wesen des Wahnverbrechens zum Theil schief aufgefaßt wird. Vgl. Luden Abhandl. I. S. 476. Heffter §. 36. Wächter I. S. 137. II. S. 118. Geib im N. A. 1837 N. 21. und 1838. Köstlin N. Revis. S. 357.

Ausbleibens einer in Anschlag gebrachten Mitwirkung, z. B. indem vermöge plötzlich eintretender Windstille das Feuer des brennenden Zunders nicht, wie der Brandstifter erwartete, durch den Wind dem anzuzündenden Gebäude mitgetheilt wird. Ein die ganze Frage verwirrender Fehler aber ist es, wenn man von dieser Gestaltung des die Vollendung hindernden Zufalles, den Fall als einen davon total verschiedenen absondern will, daß nämlich die volle Verwirklichung der Absicht ausblieb, weil der Handelnde aus Irrthum auf ein, wie man sagt, untaugliches Object traf, oder untaugliche Mittel wählte, wobei man dann, ohne sich darüber genügend klar zu werden, voraussetzt, daß in den zuerst angeführten Fällen Object und Mittel tauglich seien. Feuerbach war es, der zuerst diese Fälle streng unterschied und bei Untauglichkeit des Objectes oder der Mittel den Versuch leugnete [2]), indem er von der freilich richtigen Anschauung ausging, daß zum Versuche ein bloßes Kundgeben der verbrecherischen Absicht nicht genügen könne, vielmehr eine rechtsverletzende Handlung erfordert werde, die nur dann anzunehmen sei, wenn der Versuch vermöge der Tauglichkeit des Objectes und der Mittel als eine objectiv gefährliche erscheine. Es konnte aber nicht ausbleiben, daß man zu der Einsicht kam, wie auch in den Fällen, in welchen nach der Feuerbachschen Ansicht wegen der vermeintlichen Tauglichkeit der Mittel und des Objectes ein Versuch angenommen wurde, dennoch gerade das Mißlingen des Versuches im gegebenen Falle die Untauglichkeit an den Tag bringt. Darum hat man in neuerer Zeit den Grundsatz Feuerbachs verschieden zu limitiren versucht, indem man die unzulänglichen, unwirksamen von den untauglichen, die in concreto von den in abstracto untauglichen, die relativ von den absolut untauglichen Mitteln unterschied, und nur bei den letzteren, nicht bei den ersteren die Möglichkeit eines Versuches leugnete [3]). Wie wenig mit diesen Unterscheidungen gewonnen sei, theils weil die Vertheidiger dieser Ansicht selbst über die Abgrenzung dieser Unterschiede uneinig sind, theils weil die Gründe, die sie gegen die Möglichkeit des Versuches bei in abstracto oder absolut untauglichen Mitteln anführen, eben so gut

2) Feuerbach §. 42. N. 3. Ihm folgen Mittermaier im N. A. I. S. 170. III. S. 394. Roßhirt Entw. S. 309 flg. Abhandl. I. S. 292. Berner Theilnahme S. 90 flg. Heffter §. 75. und §. 36. Marezoll S. 120. Osenbrüggen Abhandl. I. S. 38 flg.

3) Abegg §. 96. Zachariä I. §. 123 — 138. Mittermaier zu F. §. 42. N. 8. im N. A. IV. S. 103 flg. X. S. 550 flg. Heffter §. 75. N. 5. Otto S. 70 flg. Osenbrüggen Abhandl. I. S. 38 flg. hat das Princip, von dem er ausgeht, selbst nicht consequent anzuwenden verstanden.

für die entgegengesetzten Fälle gelten, ist treffend gezeigt worden[4]). Aber auch diejenigen, welche gegen Feuerbach und Alle die ihm mehr oder weniger folgen, die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt haben, sind darin theils zu weit gegangen, theils haben sie gerade den in der Frage entscheidenden Punkt nicht zu treffen gewußt[5]).

Ihren Ursprung hat die ganze Controverse wie angegeben darin, daß man die Versuchshandlung, welche nicht zur Vollendung führte, weil der Handelnde sich in der Tauglichkeit des Objectes oder der Mittel irrte, als einen ganz singulären Fall betrachtete und entscheiden wollte. Aber in allen Fällen, in welchen die Handlung gegen den Willen des Handelnden nicht zur Vollendung führte, steht eben gerade dadurch fest, daß in dem gegebenen Falle Object oder Mittel zur Vollendung untauglich waren. Der durch den Regen ausgelöschte Zunder, der durch die Uhr von der Brust abgelenkte Stich sind untaugliche Mittel, der Mensch welcher sich, wie noch heut in den Alpen vielfach vorkommt, an den Genuß von Arsenik gewöhnt hat, ist ein untaugliches Object, um an ihm durch die bei anderen Menschen genügende Dosis Arsenik einen Giftmord zu begehen. Waren Object und Mittel wirklich in jeder Beziehung für die volle Verwirklichung der Absicht tauglich, so heißt dies, die Thätigkeit des Handelnden ist die reale Möglichkeit des Erfolges und der Erfolg tritt mit Nothwendigkeit ein, so daß wo er nicht eintrat irgend welche Untauglichkeit, sei es im Objecte oder in den Mitteln, damit constatirt ist. Wenn also jede Versuchshandlung an sich selbst der Beweis für eine in der Wirklichkeit stattfindende Untauglichkeit der Mittel oder des Objectes ist, so kann natürlich in Betreff des Versuches von einem Unterschiede der Tauglichkeit oder Untauglichkeit nur die Rede sein rücksichtlich der Mittel, welche der Handelnde anzuwenden, und rücksichtlich des Objectes, an welchem er die verbrecherische Absicht zu verwirklichen sich vorgesetzt hatte. Eben darum liegt zugleich in allen Fällen der Grund der Nichtvollendung in einem Nichtwissen, einem Irrthume des Handelnden rücksichtlich des Causalzusammenhanges seiner Thätigkeit und des beabsichtigten Erfolges, und des-

---

4) Luden Handb. S. 400 flg. Köstlin N. Revis. S. 367 flg. System S. 227.

5) Oerstedt Grundregeln der Strafgesetzgeb. S. 164 flg. Schröter Handb. S. 120. Salchow §. 136. Henke I. S. 256. Tittmann I. §. 96. Hepp Vers. S. 323 flg. im N. A. 1836 S. 254 flg. Bauer Anmerk. z. Hannöv. Entwurf I. S. 404 flg. II. S. 115 flg. Abhandl. I. S. 323 flg. Luden Handb. I. §. 66. Pfotenhauer a. a. O. S. 79 flg. Krug Studien I. 53. Durchaus vortrefflich ist dagegen Köstlin N. Revis. §. 120. System I. S. 223 flg.

halb kommen bei dem Versuche nothwendig die oben erörterten Grundsätze über den Einfluß des factischen Irrthums auf die Zurechnung zur Anwendung [6]). Das Wesentliche ist in dieser Beziehung dies: daß durch den Irrthum das Wesen der Handlung nicht aufgehoben wird, daß also das Geschehene allerdings ein Gewußtes und Gewolltes ist, und darum in der Weise, in welcher es gewußt und gewollt wurde, zugerechnet wird, daß aber von der Zurechnung die Qualification des Geschehenen ausgeschlossen bleibt, die es durch den Umstand empfing in Betreff dessen der Handelnde sich im Irrthum befand. So ist also auch bei jeder Versuchshandlung das Geschehene gewußt und gewollt, und zwar als Verwirklichung einer verbrecherischen Absicht, so daß es auch als solche Verwirklichung dem Handelnden zuzurechnen ist. Seine besondere Qualification ein nicht vollendetes Verbrechen zu sein empfing das Geschehene vermöge eines Nichtwissens oder Irrthums des Handelnden, und darum bleibt auch hier der Umstand in Betreff dessen der Irrthum stattfand insofern bei der Zurechnung außer Betracht, als er die Qualität, welche der Handelnde selbst seiner That beilegte, nicht zu ändern vermag. Wer die uneheliche Tochter seines Vaters, von deren Existenz er nie etwas erfahren hat, als eine ihm nicht verwandte Person heirathet, begeht eine Handlung, die ihm in der Qualität, welche er ihr in seiner Absicht beilegte, d. h. als eine rechtlich erlaubte, nicht aber in der, welche ihr wirklich zukommt d. h. als Incest zuzurechnen ist. Ebenso aber ist auch demjenigen, welcher, um einen Mord zu begehen, auf einen Menschen schießt aber ihn fehlte, weil er in der Meinung recht zu zielen dennoch falsch zielte, die Handlung in der durch die Absicht bestimmten Qualität, d. h. als Verwirklichung der Absicht zu morden, als Verbrechen, nicht aber in der Beschaffenheit, welche ihr, von der Absicht abgesehen, in Wirklichkeit zukommt, d. h. als eine unschädliche, kein Recht verletzende, zuzurechnen. Hiernach ergiebt sich aber auch, daß, wenn überhaupt eine wirkliche Versuchshandlung vorliegt, die nähere Beschaffenheit des Irrthumes, der die Vollendung hinderte, durchaus gleichgiltig ist. Ob der Schießende sich im Zielen irrte, ob er voraussetzte, der zu Erschießende werde stehen bleiben, während er im Augenblicke des Schießens sich aus der Schußlinie entfernte, ob er irrthümlich ein ungeladenes Gewehr ergriff, ob vielleicht ein dem Gewehr ähnlich gestaltetes Holz, das er im

---

6) Worauf ganz richtig Zirkler im N. A. 1839 S. 437 hingewiesen hat. Die entgegengesetzte Ansicht Temme's Lehrb. S. 286 beruht auf dessen völliger Unklarheit darüber, in welcher Weise diese Grundsätze hier zur Anwendung zu bringen sind.

Finstern für ein Gewehr hielt, oder ob er es nicht wußte, daß der zu Mordende durch einen Panzer gegen die Kugel geschützt war, daß er kurz zuvor vom Schlage getroffen bereits todt war, ändert nichts im Wesen der Versuchshandlung, und die Unterscheidungen, welche man rücksichtlich der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Vollendung, der Tauglichkeit oder Untauglichkeit von Mittel und Object, der Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit der Handlung gemacht hat, sind durchaus unhaltbar. In allen angeführten Fällen, wie in jedem Falle einer wirklichen Versuchshandlung, ist die Vollendung unmöglich, und wenn man sagen will: das Erschießen eines Menschen mit ungeladenem Gewehr sei absolut, in abstracto unmöglich, dagegen sei das Erschießen mit geladenem Gewehr wohl möglich, und nur relativ in concreto, z. B. wegen falschen Zielens unmöglich, oder mit einem Lothe einer für Arsenik gehaltenen Substanz die nur Zukker ist zu vergiften, sei absolut unmöglich, dagegen mit einem hundertstel Gran wirklichem Arsenik zu vergiften sei nur relativ, wegen zu geringer Dosis, unmöglich, so ist dies eine leere Spiegelfechterei, die einigen Schein nur dadurch gewinnt, daß man einmal den die Unmöglichkeit bewirkenden Umstand gleich mit erwähnt, das andremal ihn willkührlich wegläßt und erst hinterdrein herbeibringt. Deshalb läßt sich die ganze Unterscheidung lediglich umkehren, indem man sagt: einen, außerhalb der vom Schießenden gewählten Schußlinie stehenden, Menschen zu treffen und zu tödten ist absolut, in abstracto unmöglich, den in der Schußlinie Befindlichen zu tödten ist möglich, und nur relativ, in concreto unmöglich, wenn etwa der Schießende die Kugel in das Gewehr zu thun vergessen hat; und ebenso in dem andern Beispiele, wenn man sagt: mit einem hundertstel Gran Arsenik zu vergiften ist absolut, in abstracto, in allen Fällen unmöglich, mit einem Lothe zu vergiften ist nur relativ, in concreto, in dem einen Falle unmöglich, wenn der Handelnde irrthümlich Zucker statt Arsenik ergriffen hat. In allen Fällen, in denen ein wirklicher Versuch stattfand, ist also die Vollendung gleichsehr unmöglich, ist gleichsehr Mittel oder Object untauglich; in allen Fällen ist aber auch unter der Bedingung, welche der Handelnde irrthümlich voraussetzte, die Vollendung möglich, Mittel und Object tauglich, und welcher Unterschied durch die nähere Beschaffenheit dieser Bedingung in Betreff des Versuches bewirkt werden soll, ist nicht einzusehen. Es leuchtet ein, daß es sich mit dem angeblichen Unterschiede der Gefährlichkeit und Ungefährlichkeit in ganz gleicher Weise verhält. Freilich aber hat man sich zu dem vergeblichen Bemühen, Unterschiede aus der Beschaffenheit des die Vollendung hindernden Irrthums zu entwickeln, nur durch das richtige Streben verleiten lassen, wirkliche

Versuchshandlungen von solchen die es nicht sind, zu unterscheiden. In dieser Beziehung ergiebt sich aus dem Bisherigen, daß freilich eine verbrecherische Absicht, selbst wenn sie sich in einer Thätigkeit kund gegeben haben sollte, noch nicht genügt, um eine Versuchshandlung zu ergeben. Für das Strafrecht hat nur die in der Handlung sich verwirklichende Absicht eine Bedeutung, oder es gehört zum Versuch neben dem subjectiven Momente der Absicht ebenso nothwendig das objective, ihrer wenn auch unvollständigen Verwirklichung. Von einer solchen kann aber freilich nur die Rede sein, wenn zwischen dem beabsichtigten Erfolge und der zur Verwirklichung desselben vorgesetzten Thätigkeit ein Causalzusammenhang stattfindet, der aber im Verlaufe der Verwirklichung in Folge eines nicht gewußten oder irrig angenommenen Umstandes vom Ziele abbiegt und sich anders gestaltet. Wenn dagegen die vorgesetzte Thätigkeit ohne in ihrer Entwickelung und Wirksamkeit ein nicht berechnetes Hemmniß zu erfahren, darum nicht zur Vollendung führt, weil zwischen der vorgesetzten Thätigkeit und dem beabsichtigten Erfolge in Wirklichkeit und nach der Erfahrung gar kein Causalzusammenhang stattfindet, so kann freilich die betreffende Thätigkeit nicht einmal als ein Anfang der Verwirklichung der Absicht betrachtet, und auch nicht als Versuch zugerechnet werden. In jenem ersten Falle bezieht sich der Irrthum auf ein für die Vollendung bedeutsames Moment des Causalnexus, das der Handelnde bei der Gestaltung des Vorsatzes gar nicht oder in irriger Weise in Anschlag gebracht hat, während der vorgestellte Causalnexus der Wirklichkeit und Erfahrung durchaus entspricht; in diesem letztern Falle bezieht sich der Irrthum auf den vorgestellten Causalnexus selbst, der wirklich und erfahrungsmäßig gar nicht existirt, während alle einzelnen Momente der Handlung sich durchaus so gestalten, wie sie der Handelnde sich vorgesetzt hat. Wenn Jemand glaubt durch eine Quantität Zucker einen Menschen tödten zu können, und eben diese Quantität Zucker dem betreffenden Menschen beibringt, so hat sich das Geschehene in allen Momenten dem Vorsatze entsprechend gestaltet, aber der Erfolg bleibt aus wegen der irrigen Annahme eines nicht stattfindenden Causalnexus; wenn dagegen Jemand mit der geeigneten Quantität Arsenik einen Menschen vergiften will, und irrthümlich Zucker statt des Arseniks beibringt, so hat sich das Geschehene in einem Momente anders gestaltet als vorgesetzt war, und darum bleibt, obwohl der vorgestellte Causalnexus der Wirklichkeit entsprach, der Erfolg aus. Hier liegt eine wirkliche Versuchshandlung vor, denn wenn zum Vorsatz, und dieser allein kommt in Betracht, nur zugerechnet werden kann, was wirklich in ihm gelegen hat, so bildet hier das Geschehene, so weit es dem Vorsatze entsprach,

die beginnende zur Vollendung taugliche Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, während das dem Vorsatz nicht entsprechende die Vollendung hindernde und Mittel oder Object untauglich machende Moment, nach den Grundsätzen über den factischen Irrthum, bei der Zurechnung außer Acht bleibt, und dem Handelnden nicht in der Art zugut kommen kann, daß es die Handlung zur rechtlich erlaubten machte. Aus den gleichen Gründen liegt dort in jenem Falle keine Versuchshandlung vor, denn wenn auch Alles was geschah im Vorsatze lag und zu dem Vorsatze zugerechnet wird, so steht das Vorgesetzte selbst in keinem seiner Momente in ursächlichem Zusammenhange mit dem beabsichtigten Erfolge und ist darum in keinem Punkte die beginnende Verwirklichung des Verbrechens.

Außer der verbrecherischen Absicht, außer einer vorsätzlichen Thätigkeit, welche unter den vom Handelnden vorausgesetzten Bedingungen in wirklichem Causalzusammenhange mit dem beabsichtigten Erfolge steht, erfordert aber die begonnene Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, welche als Versuch bezeichnet wird, nothwendig noch ein weiteres Moment. In allen Fällen erfordert die Vollendung des Verbrechens eine zeitlich verlaufende Thätigkeit, und je nach der Eigenthümlichkeit des Falles wird bald ein längerer bald ein kürzerer Weg zurückzulegen sein, bevor die Thätigkeit an ihren Zielpunkt gelangt. Unter der Voraussetzung, daß man diesen Zielpunkt kennt, wird freilich schon in dem anfänglichsten Acte der Thätigkeit seine Beziehung auf diesen Zielpunkt zu erkennen sein. Wenn Jemand eine Pistole kauft, indem er es sagt, daß er sie zur Begehung eines Mordes gebrauchen wolle, so wird man freilich über die Bedeutung seiner Thätigkeit nicht im Zweifel sein. Aber ein solches Kundgeben, ein Geständniß der verbrecherischen Absicht ist, wenn auch nicht für den Beweis, so doch für das begriffliche Wesen des Versuches durchaus gleichgiltig, so daß durchaus nicht eine jede eingestandenermaßen in verbrecherischer Absicht unternommene Thätigkeit als Versuch betrachtet werden kann. Vielmehr ist erforderlich, daß die Thätigkeit so weit fortgeschritten und in der Art gestaltet sei, daß, trotz der fehlenden Vollendung, das volle Wesen der Absicht aus ihr selbst zu erkennen sei. Ein Kunstwerk ist ein vollendetes, wenn jedes vorhandene Moment zur Darstellung der künstlerischen Idee nothwendig ist und wenn keines, was dazu nothwendig ist, fehlt. Aber es kann auch das nicht vollendete so weit vollendet sein, daß aus ihm die Idee des Künstlers vollständig zu erkennen ist, weil das Vorhandene mit Nothwendigkeit auf das Fehlende hinweist. Als einen künstlerischen Versuch werden wir das Kunstwerk namentlich dann bezeichnen, wenn es bis zu diesem Grade vollendet, vielleicht auch nach der Meinung

des Künstlers fertig ist, während die wahre Vollendung wegen der Unzulänglichkeit der Mittel, der Befähigung, oder wegen der Untauglichkeit des Objectes d. h. einer zur vollendeten künstlerischen Darstellung ungeeigneten Idee, ausblieb. Aber wie weit auch das Kunstwerk fertig sein mag, so werden wir es nicht einmal als Versuch gelten lassen, wenn aus ihm selbst die darzustellende Idee überhaupt nicht zu erkennen, sondern nur etwa aus den Worten, die der Maler aus dem Munde der gemalten Personen hervorgehen läßt, zu entnehmen ist. Es ist also die Forderung kein Widerspruch, daß trotz der mangelnden Vollendung die Verwirklichung der verbrecherischen Absicht so weit fortgeschritten und so gestaltet sein müsse, um daraus das volle Wesen derselben erkennen zu können, und eben dieser Forderung muß stets genügt sein, weil andernfalls nicht die rechtswidrige That, sondern der irgendwie kundgewordene rechtswidrige Gedanke gestraft werden würde[7]). Daß für diese geforderte Verwirklichung das allmälige Fortschreiten in der verbrecherischen Thätigkeit von großem Einflusse sein, und daß in der Regel die verbrecherische Absicht in ihrem ganzen Wesen um so weniger zu erkennen sein wird, je entfernter die Thätigkeit noch von ihrem Ziele ist, kann nicht geleugnet werdeu. Aber es ist dies nicht das allein entscheidende Moment, und vergebens wird man sich bemühen in der graduell fortschreitenden Thätigkeit den Punkt herauszufinden, welcher in qualitativer Beziehung über das begriffliche Wesen des Versuches und über die Frage: ob ein solcher anzunehmen sei oder nicht, entscheidet. Die Norm bildet vielmehr lediglich der Umstand, daß die Thätigkeit so beschaffen und gestaltet sei, daß aus ihr selbst das volle Wesen der Absicht erkennbar sei, eine Norm, die sich freilich noch näher nicht begrenzen und bestimmen läßt, auch vielleicht oft in der practischen Anwendung Schwierigkeiten veranlassen wird. Aus der größern Nähe der Vollendung wird sich also oft auch diese geforderte Beschaffenheit der Handlung ergeben, aber durchaus nicht nothwendig und in allen Fällen, so daß umgekehrt es sich wohl ereignen kann, daß eine Versuchshandlung nicht anzunehmen ist, obwohl der Punkt, bis zu welchem die Thätigkeit gedieh, der Vollendung näher liegt als in einem andern Falle, in welchem aller-

---

7) So wenig auch die angeführte Schrift Otto's zur Lösung der in der Lehre vom Versuch herrschenden Controversen geeignet ist, und so wenig er sich selbst völlig klar wurde, so ist doch sein Grundsatz: daß eine Versuchshandlung nur anzunehmen ist, wofern sie das unter dem Schutze der staatlichen Rechtsordnung bestehende Sicherheitsbewußtsein erschüttert, insofern ein berechtigter, als dies freilich nur der Fall sein wird, wofern die Thätigkeit selbst das volle Wesen der Absicht kenntlich gemacht hat.

dings ein strafbarer Versuch vorliegt. Die Thätigkeit dessen, der in ein fremdes Haus eingebrochen und eingestiegen ist, eine Thätigkeit, die sich eben so gut auf einen Diebstahl, wie eine unerlaubte Selbsthilfe, eine Brandstiftung, Verwundung, Tödtung beziehen kann, wird an sich nimmermehr als Versuch des Diebstahls zu bestrafen sein, obwohl es vielleicht nur noch einer Secunde und einer geringen Handbewegung bedurfte, um das Verbrechen des Diebstahls zu vollenden. Daß der Einbruch an sich strafbar ist, kommt natürlich hier nicht in Betracht. Wenn man dagegen bei Jemandem, der seine Thätigkeit absichtlich in die größte Heimlichkeit hüllte, alle Anstalten zur Verfertigung von falschem Gelde vorfand, namentlich etwa den Stempel, der bereits das Gepräge der anzufertigenden Münze erkennen läßt, so wird ein Versuch der Falschmünzerei anzunehmen sein, obwohl es vielleicht noch einer Wochen andauernden Thätigkeit zur Vollendung bedurft hätte. Ja es kann die Thätigkeit eine an sich fertige und sogar nach der Meinung des Handelnden eine rücksichtlich des beabsichtigten Erfolges vollendete sein, und dennoch liegt kein Versuch vor, weil sich die Absicht durchaus nicht in einer ihr ganzes Wesen manifestirenden Weise verwirklicht hat. Wer will behaupten, daß aus der That desjenigen, welcher eine als Vogelscheuche ausgestellte Puppe niederschießt, die Absicht zu morden zu erkennen sei, und wer will leugnen, daß wenn man in solchem Falle einen Mordversuch annimmt, weil der Thäter seine Absicht eingesteht, man lediglich den Gedanken bestraft? Es ergiebt sich demnach, daß derjenige, welcher Alles gethan hat, was er zur Verwirklichung der Absicht thun mußte, und nach seiner Meinung sogar das Verbrechen vollendet hat, dennoch möglicherweise straflos bleibt, während ein Anderer, dessen Thätigkeit noch eine durchaus unfertige ist, vielleicht schwere Strafe erleidet. Nur wer über die Grenze zwischen dem, was sittlich und was rechtlich zuzurechnen sei, unklar ist, wird sich durch ein solches aus dem Wesen des Versuches hervorgehendes Resultat irre machen lassen, das gerade, so wie man es sich in seiner Anwendung auf den concreten Fall vergegenwärtigt, dem natürlichen Rechtsgefühle durchaus entspricht. Zugleich verbreitet sich von diesem Gesichtspunkte aus das rechte Licht über den Werth der Controversen, die bisher in der Lehre vom Versuche geherrscht haben. Es ist über den Unterschied zwischen Vorbereitung und Versuch, entfernten, nahen, vollendeten Versuch genug gestritten worden, und davon wird unten noch speciell zu reden sein. Aber als ob der Punkt, mit welchem in der fortschreitenden Thätigkeit die Versuchshandlung beginnt, für die Begriffsbestimmung des Versuches gleichgiltig wäre, war in der Regel von alledem erst die Rede, wenn man mit dieser fertig zu sein meinte.

Wenn man Möglichkeit der Vollendung, taugliche Mittel und taugliches Object, Gefährlichkeit des Benehmens für das Wesen des Versuches gefordert hat, so geschah dies Alles in dem ganz richtigen Streben, das straflose Kundgeben einer verbrecherischen Absicht von der strafbaren objectiven Verwirklichung derselben zu unterscheiden, nur daß man diese geforderte Objectivität der verbrecherischen Absicht in einem falschen Momente zu finden meinte. Wenn besonders Köstlin alle diese Forderungen und Unterscheidungen ganz richtig und treffend als unhaltbar nachgewiesen hat, und bis jetzt nicht widerlegt ist, so wird sich doch das natürliche Rechtsgefühl immer gegen die Consequenzen seiner Ansicht sträuben. Freilich fordert auch er, daß in der That das volle Wesen der Absicht sich „reflectiren" müsse[8]; wie wenig er sich aber über das, worauf es hier ankommt, klar war, ergiebt sich, wenn er verlangt, es müsse dem Thäter nachgewiesen werden, daß er den betreffenden Act mit der bestimmten Absicht ein bestimmtes Verbrechen zu begehen vorgenommen habe, und dann ausdrücklich auf den Beweis durch das Geständniß hinweist. Dann wird freilich auch der nach der Vogelscheuche Schießende zu strafen sein, wenn er seine Absicht gesteht, und selbst der, welcher geständig ist die Pistole mit der Absicht zu morden gekauft zu haben, denn unter der Voraussetzung eines solchen Geständnisses ist in der Handlung „der Reflex" des vollen Wesens der Absicht nicht zu verkennen. Solchen Consequenzen gegenüber wird man immer wieder zu den alten Unterscheidungen, namentlich auch in Betreff der Tauglichkeit der Objecte und Mittel zurückkehren, und aus der vorstehenden Erörterung ergiebt sich von selbst, in welcher Beziehung der Unterschied der Tauglichkeit oder Untauglichkeit von Object oder Mittel ein durchaus berechtigter ist. Bei jeder Versuchshandlung ist, wie gezeigt, Object oder Mittel in Wirklichkeit zur Vollendung untauglich, unter der vom Handelnden gemachten Voraussetzung aber tauglich, und jede weitere Unterscheidung ist in dieser Beziehung unhaltbar. Dagegen fordert das Wesen des Versuches, daß Object und Mittel nicht zur Vollendung, wohl aber zur e r k e n n b a r e n D a r s t e l l u n g d e r A b s i c h t tauglich seien, widrigenfalls, wie nahe auch die Thätigkeit an die Vollendung herankam, überhaupt kein Versuch vorliegt. In Betreff der an sich nicht hergehörigen Beweisfrage folgt also, daß das Geständniß der verbrecherischen Absicht nimmermehr jede durch diese Absicht bestimmte Thätigkeit zum strafbaren Versuche machen kann, wenn nicht diese Thätigkeit an sich selbst die

---

8) System S. 231 flg.

erkennbare Darstellung der Absicht ist, daß aber das Geständniß, wenn eine wirkliche Versuchshandlung vorliegt, zur Vervollständigung und Sicherstellung der Beweisführung von großem Interesse sein kann.

Anmerk. 2. Was rücksichtlich der vorliegenden Frage die Bestimmungen des positiven Rechtes betrifft, so wird man sich vergeblich bemühen, aus den Quellen des römischen und des ältern deutschen Rechtes eine bestimmte Lösung derselben zu entwickeln[9]. Da es hier wesentlich auf die Begriffsbestimmung der Versuchshandlung ankommt, so wird man eine solche Lösung da nicht erwarten können, wo es an der klaren und durchgreifenden Unterscheidung des Versuches und der Vollendung überhaupt noch fehlt. In Betreff des viel bestrittenen Art. 178. der Carolina wird man darüber nicht zweifelhaft sein können, daß alle Fälle, in denen die vorgesetzte Thätigkeit selbst eine rechtlich durchaus erlaubte und mit dem beabsichtigten Erfolge in keinem Causalzusammenhange stehende ist, vom Versuche ausgeschlossen sind. Ob aber in den Fällen, in welchen die vorgesetzte Thätigkeit mit dem beabsichtigten Erfolge in ursächlichem Zusammenhange steht, während im gegebenen Falle in Folge eines Irrthumes dieser Zusammenhang sich löste, die Carolina noch eine weitere Unterscheidung rücksichtlich der Tauglichkeit der Mittel und Objecte hat machen wollen, ist sehr bestritten[10] und wird sich auch nach der Fassung des Artikels schwer entscheiden lassen. Wenn jedenfalls dem nichts im Wege steht die Worte der Carolina im Sinne der oben erörterten Begriffsbestimmung des Versuches zu interpretiren, so wird es den Gegnern dieser Auffassung überlassen werden können ihre Ansicht zuvor auf eine weniger schwankende Basis zu stellen, ehe die Carolina zur Bestätigung derselben angerufen wird. In den neueren deutschen Strafgesetzgebungen und ihren mannigfach divergirenden Bestimmungen über das Wesen des Versuches spiegelt sich der schwankende Zustand der Doctrin wieder. Die Strafgesetzgebung des preußischen A. L. R.[11] gab keine irgend genügende Begriffsbestimmung des Versuches, nur daß es einen Versuch auch da annahm, wo ein sogenanntes untaugliches Mittel gebraucht wurde. Bei der Redaction des Strafgesetzbuches wurden in Betreff der Vollendung und des Versuches zunächst die Bestimmungen des Landrechtes zu Grunde gelegt, indem man sie nur im

---

9) Vgl. Bauer Abhandl. I. S. 381 flg. Geib im N. A. 1837 S. 579. Zachariä I. §. 133—135. Cropp l. c. p. 37. Lelièvre p. 118. Pfotenhauer 127—160. Luden Abhandl. I. S. 285—292. Handb. I. S. 397. N. 5.

10) Zachariä I. §. 136. Luden Handb. I. S. 401 flg. Hepp Vers. S. 324 flg. Pfotenhauer S. 184 flg. Tittmann I. §. 96. Köstlin Syst. S. 229.

11) II. 20. §. 39—43. und §. 866.

Einzelnen zu verbessern suchte, und namentlich war hierbei der hannöversche Entwurf eines Strafgesetzbuches mit den Anmerkungen Bauers die Veranlassung, daß man sich in dem Streite über die untauglichen Mittel und Objecte dahin entschied, auch bei der s. g. Untauglichkeit derselben einen strafbaren Versuch anzunehmen [12]). Erst in dem Entwurfe von 1846 entschied man sich dafür, auf die Begriffsbestimmung des Versuches überhaupt zu verzichten und zugleich auch die Bestimmung über den Versuch mit untauglichen Mitteln wegzulassen. Letzteres geschah, indem man die ganze Streitfrage der Doctrin überlassen wollte, obwohl nicht zu leugnen ist, daß man sich damals zu der Ansicht von der Straflosigkeit des Versuches mit untauglichen Mitteln bekannte. Nur in Rücksicht auf das besondere aus dem in der Rheinprovinz geltenden Strafverfahren hervorgehenden Bedürfniß, wurde 1847 in das Einführungsgesetz unter die nur für die Rheinprovinz geltenden Bestimmungen, auch eine auf das begriffliche Wesen des Versuches sich beziehende, dem Code pénal nachgebildete, aufgenommen. Mit geringen Modificationen in der Fassung ging dann diese Vorschrift in den Entwurf von 1850 und den §. 31. des Strafgesetzbuches über.

Daß der §. 31. eine irgend ausreichende Begriffsbestimmung des Versuches enthielte, läßt sich nicht behaupten, so daß also auch hier das Meiste der Doctrin und dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt. Aber abgesehen von dem noch weiterhin zu besprechenden Rücktritte vom Versuche, begrenzt er denselben in einer wichtigen Beziehung. Im Gegensatze zu den straflosen Vorbereitungshandlungen sollen als Versuch nur solche Handlungen betrachtet werden, „welche einen Anfang der Ausführung (sc. des Verbrechens) enthalten." Daß trotz dieser Vorschrift im einzelnen Falle sich die mannigfachsten Schwierigkeiten und Bedenken ergeben würden, hat man sich bei der Redaction selbst nicht verheimlicht, und die französische Doctrin und Praxis [13]) in Betreff der gleichen Bestimmung des Code pénal ist nur insofern lehrreich, als auch sie aus den Worten des Gesetzes keine genügende Norm für die Unterscheidung der Vorbereitung und des Versuches herzuleiten vermocht hat. Einen nicht zu verkennenden Werth hat die fragliche Bestimmung in der negativen Beziehung, daß sie entschieden ausspricht: nicht eine jede auf Verwirklichung einer verbrecherischen Absicht sich beziehende Thätigkeit dürfe als Versuch betrachtet werden. Wenn dagegen in positiver Beziehung in Betreff der Frage:

---

12) Beseler Komment. S. 137 flg. Goltdammer Mat. I. S. 244 flg.
13) In umfangreicher Weise von Goltdammer I. S. 252 flg. berücksichtigt.

was außer jener Thätigkeit noch erfordert werde, der Anfang der Ausführung zum entscheidenden Kriterium gemacht wird, so läßt sich nur soviel sagen, daß dies eine dem begrifflichen Wesen des Versuches mindestens nicht widersprechende Bestimmung ist. Sie geht augenscheinlich von der Anschauung aus, daß die größere oder geringere Annäherung an die Vollendung über den Unterschied von Vorbereitung und Versuch entscheide, und hat es darum unternommen diesen Punkt in der allmälig fortschreitenden Thätigkeit in allgemeiner Weise zu fixiren, womit es einer freilich ganz allgemein herrschenden Ansicht folgte. Aber alle Bemühungen diesen Punkt oder diese Grenzlinie in allgemein giltiger Weise festzustellen, werden stets vergeblich sein, und auch die preußische Doctrin hat bisher nichts zu leisten vermocht [14]). Es kann dieser Punkt, wie gezeigt, darum nicht in allgemeiner Weise festgestellt werden, weil das Wesen des Versuches durch ein bestimmtes Maß der Annäherung an die Vollendung gar nicht bedingt wird. So z. B. ist es durchaus widersinnig die Frage, ob Einsteigen und Einbrechen als Versuch des Diebstahls zu betrachten sei, allgemein in Rücksicht darauf, wie nahe diese Thätigkeit der Vollendung sei, beantworten zu wollen. Es ist diese Frage nur im concreten Falle in Rücksicht darauf zu beantworten, ob die Absicht zu stehlen zur vollkommen erkennbaren Darstellung gekommen sei, so daß z. B. kein Versuch anzunehmen ist, wenn zwar das Einbrechen constatirt ist, aber jedes Moment fehlt, das darüber Aufschluß giebt, ob Diebstahl oder irgend ein anderes Verbrechen beabsichtigt war. Wird dagegen der Eingebrochene betroffen, indem er eine Geldkasse zu öffnen sucht, so wird gewiß Versuch anzunehmen sein, obwohl er von der Vollendung viel weiter entfernt war als jener, der nur zuzugreifen brauchte, um eine offen dastehende Sache zu stehlen. Nicht einmal für eine bestimmte Art von Verbrechen, den Diebstahl, Brandstiftung, Tödtung, läßt sich eine allgemeine Regel darüber angeben, welche Handlungen der Vorbereitung, welche dem Versuche angehören, viel weniger für alle Arten von Verbrechen. Darum kann dieselbige Thätigkeit in einem Falle als vorbereitende, im andern als ausführende und damit als strafbarer Versuch erscheinen. Um zum obigen Beispiele zurückzukehren: so kann das bloße Einbrechen und Einsteigen in einem Falle als eine vorbereitende Handlung zu vielen verschiedenen Verbrechen erscheinen,

---

14) Beseler Komment. S. 138 und Temme Lehrb. §. 59. Goltdammer I. S. 266 will mit Rossi einen s. g. subjectiven und objectiven Versuch unterscheiden, eine das Wesentliche umgehende und besonders für die Praxis werthlose Unterscheidung.

von denen keines als solches in der Handlung selbst erkennbar ist, weshalb diese nur etwa als eine vollendete Eigenthumsbeschädigung zu bestrafen wäre; im andern Falle kann ganz dieselbe Handlung als Versuch des Diebstahls erscheinen, wenn etwa in das Silbergewölbe einer Bank eingebrochen wird, indem durch das Einbrechen die verbrecherische Absicht im Allgemeinen, die Absicht zu stehlen aber dadurch erkennbar geworden ist, daß durch die Beschaffenheit der Lokalität die Möglichkeit irgend einer andern Absicht ausgeschlossen erscheint. Der Ausdruck „Anfang der Ausführung" ist also sehr wenig geeignet positiv die durch das Wesen des Versuches geforderte Beschaffenheit der Thätigkeit zu bezeichnen, aber es steht freilich dem nichts entgegen einen Anfang der Ausführung gerade nur da anzunehmen, wo aus dem Anfange das Ende, aus der anfangenden Ausführung das Auszuführende mit Sicherheit zu erkennen ist. Was in dieser Beziehung die bisherige preußische Praxis betrifft, so läßt sich aus den bekannt gewordenen Entscheidungen [15]) nicht genügend erkennen, ob sie den erörterten Grundsätzen entsprechen, jedenfalls aber ist es durchaus verwerflich, wenn man in Betreff einer bestimmten Thätigkeit, z. B. des Einsteigens, Einbrechens, Einschleichens, in allgemein giltiger Weise entscheiden will, ob sie als Versuch eines bestimmten Verbrechens zu betrachten sei oder nicht. Auch die Regel, daß ein Versuch nicht anzunehmen sei, wenn es am Objecte des beabsichtigten Verbrechens, z. B. der zu stehlenden Sache, gänzlich fehlt [16]), wird zwar wohl in sehr vielen Fällen richtig sein, insofern dieser Mangel im concreten Falle die Erkennbarkeit der bestimmten verbrecherischen Absicht ausschließt, darf aber dennoch nicht eine unbedingte Geltung beanspruchen.

In Betreff der Frage, ob das preußische Strafrecht die Annahme eines Versuches mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objecte zulasse, kann aus dem Umstande, daß das Strafgesetzbuch darüber schweigt, weil die Redactoren jene Frage nicht durch das Gesetz entscheiden wollten, obwohl sie ihrerseits dieselbe als eine zu verneinende betrachteten, jedenfalls nichts Weiteres gefolgert werden, als daß die Frage eine offene durch die Doctrin zu entscheidende ist [17]). Wie zu erwarten war ist die ganze in dieser Streitfrage herrschende Verwirrung auch in die Literatur des preußischen Strafrechtes wie in die Praxis übergegangen. Nach den angegebenen Grundsätzen ist also die Regel voranzustellen, daß ein Versuch

---

15) Oppenhoff zu §. 31. No. 11—23.
16) Vgl. die Entscheidungen bei Goltdammer A. II. S. 404. 584. 822.
17) A. M. Goltdammer Mat. I. S. 272. Köstlin System S. 231.

nicht vorhanden ist, wenn der Handelnde einen der Wirklichkeit widersprechenden Causalnexus seiner Thätigkeit und des beabsichtigten Erfolges annahm [18]). Es würde jedenfalls die ganze Streitfrage sich schon in hohem Grade vereinfachen, wenn man, obwohl gewiß eine Untauglichkeit des Mittels vorliegt, diesen Fall von jener Frage ganz ausschließen, und ihn seinem Wesen entsprechend als einen Fall des mangelnden Causalnexus, nicht aber der Anwendung untauglicher Mittel bezeichnen wollte. Dagegen kann von einer Untauglichkeit der Mittel und Objecte und der dadurch gehinderten Vollendung streng genommen nur die Rede sein, wenn die wirkliche Beschaffenheit derselben, vermöge deren sie untauglich sind, der vom Thäter vorausgesetzten, vermöge deren sie in Wirklichkeit und erfahrungsmäßig tauglich gewesen sein würden, widersprach. Es ist nun gezeigt worden: daß bei jeder Versuchshandlung ein Irrthum, ein Nichtwissen in Betreff der Tauglichkeit von Mittel oder Object stattfindet, daß alle weiteren Unterscheidungen rücksichtlich dieses Irrthumes und der stattfindenden Untauglichkeit unhaltbar und verwerflich, vielweniger von irgend einem Einflusse auf das Wesen des Versuches sind, und daß Alles nur darauf ankommt, ob im concreten Falle die Thätigkeit tauglich war, um das volle Wesen einer bestimmten verbrecherischen Absicht erkennbar darzustellen. Wenn daher das Obertribunal entschieden hat [19]), daß ein Versuch nicht anzunehmen sei, wenn die Wahl ungeeigneter Mittel oder die Begehung ungeeigneter Handlungen zur Erreichung eines gesetzwidrigen Zweckes aus Irrthum, Unkenntniß oder Versehen hervorging, so giebt es überhaupt keine strafbare Versuchshandlung, und ganz dasselbe ist die nothwendige Folge der Temme'schen Ansicht, daß nicht bloß das untaugliche, sondern ausdrücklich auch das sogenannte unzulängliche und relativ untaugliche Mittel das Wesen des Versuches aufhebe [20]). Wenn ferner die preußische Doctrin und Praxis den Unterschied der absoluten und relativen Untauglichkeit der Mittel und Objecte recipirt haben [21]), so ist zunächst nicht klar, ob man die absolute Untauglichkeit annehmen will, wenn zwischen der vorgesetzten

---

18) Hiermit stimmt im Resultat Goltdammer a. a. O. S. 274 N. 2. überein. Die Ansicht Beselers S. 144 ist nicht völlig klar, da man bei der Unhaltbarkeit der ganzen Unterscheidung nicht weiß, was er unter absoluter und relativer Untauglichkeit versteht.

19) Oppenhoff zu §. 31. N. 9.

20) Die wie gewöhnlich „auf das ungetrübte Rechtsbewußtsein des Volkes" basirte Ansicht Temme's Lehrb. §. 61. bleibt darum geradezu völlig unverständlich, und noch weniger zu begreifen ist es, wie §. 31. des St. G. B. nach seiner Ansicht aufgefaßt werden soll.

21) Goltdammer Mat. I. S. 274—275. Oppenhoff zu §. 31. N. 3—5. 15.

Thätigkeit in ihrer vom Handelnden vorausgesetzten Beschaffenheit und dem beabsichtigten Erfolge überhaupt kein Causalnexus stattfindet, oder ob auch, von solchem Falle abgesehen, ein derartiger Unterschied gemacht werden soll. Für letzteres spricht in Betreff der Praxis eine von Hahn mitgetheilte Entscheidung [22]), und dann läßt sich nur hoffen, daß trotz der Unmöglichkeit einer solchen Unterscheidung im concreten Falle das natürliche Rechtsgefühl zum richtigen Ergebniß führen wird. Dieses Gefühl ist es, das sich bei Goltdammer geltend macht, wenn er in Betreff der Grenze der absolut und relativ untauglichen Mittel unsicher ist, und in Betreff der untauglichen Objecte sich gar nicht zu entscheiden wagt. Die von ihm angeführten Beispiele des Versuches an untauglichen Objecten sind sich allerdings ganz gleich rücksichtlich der Untauglichkeit zum Zwecke der Vollendung des Verbrechens, wogegen die Entscheidung, zu welcher er sich hinneigt, sich ganz einfach und von selbst ergiebt, so wie man die Frage aufwirft: ob die Objecte zum Zwecke der erkennbaren Darstellung der verbrecherischen Absicht tauglich waren oder nicht.

§. 49. Aus dem begrifflichen Wesen des Versuches folgt 3) daß in der Versuchshandlung die verbrecherische Absicht zufällig, vermöge äußerer vom Willen des Thäters unabhängiger Umstände, nicht zur vollendeten Verwirklichung gelangt ist. Deshalb ist eine Handlung, wie sehr sie auch geeignet sein mag das volle Wesen der verbrecherischen Absicht erkennbar darzustellen, nicht als strafbarer Versuch eines Verbrechens zu betrachten, wofern die Vollendung durch eine freie Willensthätigkeit des Thäters selbst verhindert, und durch das freiwillige Aufgeben der verbrecherischen Absicht, der Handlung selbst gerade die Bedeutung wiederum entzogen wurde, vermöge deren allein sie als strafbar erscheint.

Anmerk. 1. Daß vom Versuche nur die Rede sein kann, wo es an der Vollendung mangelt, versteht sich von selbst. Wenn das preußische Strafgesetzbuch sagt: der Versuch sei nur dann strafbar, wenn derselbe nur durch äußere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist, so ergiebt sich in Betreff der Fassung von selbst, daß sie eine ungenaue insofern ist, als freilich nicht der Versuch sondern die Vollendung es ist, die durch zufällige Umstände gehindert wird. Die Vollendung des Verbrechens kann nur

22) Hahn Erläutg. S. 39 N. 52.

allerdings ausbleiben entweder weil die vorgesetzte verbrecherische Thätigkeit zufällig unterbrochen wurde, und nicht bis ans Ende geführt werden konnte, oder weil trotz der unbehindert beendigten Thätigkeit der erwartete und vorausgesetzte Erfolg, von welchem die Vollendung bedingt wird, zufällig ausblieb. Hierauf beziehen sich die Worte des §. 31.: „gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist." Diese Unterscheidung ist jedoch für das begriffliche Wesen des Versuches durchaus gleichgiltig, ja sie wird zu einer durchaus irrigen und verwerflichen, wenn man sie darauf zurückführen will, daß es, wie man sagt [1]), manche Verbrechen gäbe, welche zur Vollendung einen bestimmten Erfolg forderten, und andere, bei denen dies nicht der Fall sei. Es giebt durchaus gar kein Verbrechen, bei welchem nicht die Vollendung vom Eintritt eines bestimmten Erfolges bedingt würde, daß aber dieser Erfolg das einemal, z. B. beim Morde, einen irreparabeln Schaden bewirkt, das anderemal, z. B. beim Diebstahl, eine Beschädigung, die eine vollkommene Restitution zuläßt, kann bei der Frage nach Versuch und Vollendung gar nicht in Betracht kommen, da insbesondere auch bei einem jeden Verbrechen die Vollendung ebensowohl durch zufällige Unterbrechung der Thätigkeit, wie durch Ausbleiben des Erfolges bei beendigter Thätigkeit verhindert werden kann. Der Einfluß dieses Unterschiedes auf das Maß der Schuld und Strafe ist später zu erörtern.

Anmerk. 2. Ist es ein wesentliches Erforderniß des Versuches, daß die Vollendung zufällig verhindert worden sei, so ist eine Handlung, die an sich in jeder Beziehung geeignet sein würde als strafbare Versuchshandlung betrachtet zu werden, dennoch nicht eine solche, wofern der eigene Wille des Thäters der Grund der mangelnden Vollendung ist. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Thäter sich selbst zum Aufgeben seiner verbrecherischen Absicht bestimmte, nicht dann, wenn der Thäter mit Wissen und Willen von der verbrecherischen Thätigkeit abstand, weil ihn ein wirkliches oder vermeintliches der Vollendung entgegenstehendes Hinderniß dazu bestimmte. Der Grund davon, daß das freiwillige Aufgeben der verbrecherischen Absicht der bereits bis zum Versuche gediehenen Thätigkeit diese Bedeutung wieder entzieht, liegt darin, daß die Versuchshandlung eben nur in ihrer Beziehung auf die verbrecherische Absicht strafbar ist, und darum nicht strafbar sein kann, so wie der Thäter selbst durch das Aufgeben der Absicht diese Beziehung getilgt hat. Hieraus folgt von selbst, daß der Rücktritt vom Versuche die Strafbarkeit der Handlung auch nur

---

1) Temme Lehrb. S. 279. Goltdammer Mat. I. S. 269.

insoweit zu tilgen vermag, als der Thäter in der Handlung selbst ihre Beziehung auf die verbrecherische Absicht getilgt hat. Je nach der Eigenthümlichkeit des Falles kann hierzu das einfache Abbrechen und Aufhören in der verbrecherischen Thätigkeit genügen, oder es ist eine positive der Vollendung entgegenwirkende Thätigkeit erforderlich. Aber wenn auch der Thäter durch Aufgeben der verbrecherischen Absicht und ein dem entsprechendes Verhalten in allen Fällen die Beziehung seines Thuns auf das zu vollendende Verbrechen und die daraus entspringende Strafbarkeit zu tilgen vermag, so vermag er doch, wofern in seiner Thätigkeit bereits eine anderweitige Rechtsverletzung zur Vollendung gediehen war, natürlich die aus dem vollendeten Verbrechen hervorgehende Strafbarkeit nicht aufzuheben.

Was in Betreff des Rücktrittes vom Versuche das positive Recht anbelangt, so konnte das römische Recht, das die Versuchshandlung, soweit sie überhaupt strafbar war, als vollendetes Verbrechen betrachtete, auch folgerecht eine durch den Rücktritt bewirkte Straflosigkeit der Versuchshandlung nicht anerkennen [2]). Dagegen haben allerdings die Glossatoren und italienischen Criminalisten in den Quellen die Regel zu finden gemeint, daß die Versuchshandlung straflos sei, wenn der Thäter das Verbrechen nicht vollenden wollte [3]). Daß sich die Carolina Art. 178. dieser Ansicht anschließt und den Rücktritt vom Versuche als straflos betrachtet, wird gegenwärtig wohl kaum mehr bezweifelt werden, und eben dieser Grundsatz, wenn auch nicht immer aus den Worten der Carolina gefolgert, ist der in der deutschen Doctrin bis ins 18. Jahrhundert herrschende [4]). Erst damals begann man in dem freiwilligen Aufgeben des Versuches nur einen Grund der Strafmilderung zu erblicken [5]), wie auch das preußische A. L. R. nur Anspruch auf Begnadigung gewährt, oder man leugnete überhaupt eine in dem Wesen der Sache und in den Quellen begründete Straflosigkeit [6]). In der neuern Zeit herrscht dagegen vollkommene Uebereinstimmung

---

2) Vgl. Luden Abhandl. I. S. 271 flg. Zachariä II. §. 269—273. Lelièvre p. 112—116. A. M. Köstlin N. Revis. S. 390 flg. System S. 237, der aber die Beweisführung Ludens und Zachariä's nicht widerlegt hat.

3) Gloss. ad L. 65. D. de furt. 47, 2. ad L. 5. C. de episc. et cleric. 1, 3. und die oben §. 46. angeführten Italiener. Eine Verschiedenheit der Ansicht findet nur insoweit statt, als der Commentator des Angel. Aret. Gloss. etiam vestem coelest. n. 39. unter Berufung auf Ioan. And. statt der Straflosigkeit nur Strafmilderung annimmt, worin ihm I. Clarus §. fin. qu. 60. n. 21. folgt.

4) Vgl. Zachariä II. §. 249—269. 279—282.

5) So Engau, Böhmer, Koch, Quistorp, Meister, Klein.

6) Grolman §. 169. Kleinschrod I. §. 42. Tittmann I. §. 98.

rücksichtlich der Straflosigkeit des freiwilligen Rücktrittes vom Versuche, nur daß dieselbe, entsprechend der verschiedenartigen Auffassung des Versuches, in verschiedener, nicht immer zutreffender Weise begründet wird [7]). Nicht bloß die früheren Entwürfe und Verhandlungen [8]), sondern auch die Worte des §. 31. ergeben unzweifelhaft, daß das preußische Strafgesetzbuch die Versuchshandlung in Folge des Rücktrittes als straflos betrachtet, wobei es sich von selbst versteht, daß derselbe der betreffenden Handlung nur den Character des Versuches, nicht den eines vollendeten Verbrechens, wenn ein solches in derselben enthalten war, entzieht. Nach der Fassung des §. 31. ist aber ein Rücktritt vom Versuche dann anzunehmen, wenn die Vollendung des Verbrechens durch den Willen des Thäters selbst gehindert wurde, wogegen die in früheren Entwürfen enthaltenen näheren Angaben über die Gestaltung eines solchen Willensactes und über seine Motive nicht mit aufgenommen wurden. Aus dem Wesen des Versuches folgt aber, wie angegeben, für die Bedeutung dieses Willensactes, daß er sich als ein freiwilliges Aufgeben der verbrecherischen Absicht darstellen müsse, denn nur unter solcher Voraussetzung wird der Versuch wirklich getilgt. Ist dies der Fall, dann ist das Motiv des Rücktrittes durchaus gleichgiltig, da durch die Straflosigkeit desselben keineswegs etwa die Reue belohnt werden soll, was dann folgerecht auch geschehen müßte, wenn der Thäter nach der Vollendung des Verbrechens Reue bezeugt [9]). Es werden freilich im concreten Falle in Betreff der Frage: ob der Rücktritt freiwillig erfolgt sei oder nicht, sich Schwierigkeiten ergeben können, denen gegenüber daran festzuhalten ist, daß der Rücktritt in keinem Falle ohne alles Motiv erfolgen wird, daß das Dasein eines erkennbaren Motivs noch keineswegs die Freiheit der Willensbestimmung ausschließt, und daß der freiwillige Rücktritt nur da ausgeschlossen ist, wo der Wille des Thäters einer wirklichen oder vermeintlichen ihm angethanen Nöthigung sich fügte [10]). Daß ein Rücktritt bei dem s. g. beendigten Versuche, wofern er durch ein freiwilliges Entgegenwirken den Eintritt des Erfolges zu hindern vermag, gleichfalls straflos ist, versteht sich von selbst. Der Grund, den Temme „nach dem Rechtsbewußtsein des Volkes" dagegen anführt [11]), daß der

7) Die richtige Begründung bei Zachariä II. §. 257 flg. Luden Handb. I. S. 420. Köstlin System S. 238.

8) Goltdammer Mat. I. S. 255 flg.

9) Dies ist der Gesichtspunkt, von welchem das A. L. R. II. 20. §. 43. 60—63. ausgeht.

10) Vgl. Beseler Komment. S. 142—143. Goltdammer Mat. I. S. 257.

11) Temme Lehrb. S. 279.

Thäter die einmal geschehene Versuchshandlung nicht ungeschehen machen könne, ist ein nichtssagender, weil er zuviel sagt. Wo von Rücktritt die Rede sein soll, muß in allen Fällen eine wirkliche Versuchshandlung vorliegen, die niemals ungeschehen gemacht werden kann, die aber, mag sie beendigt sein oder nicht, aufhört Versuch zu sein, so wie durch freiwilliges Verhindern des Erfolges ihr die ursächliche Beziehung auf diesen genommen wird.

§. 50. Der Versuch erscheint nothwendig als eine von ihrem Anfangspunkte in der Richtung nach der Vollendung fortschreitende Bewegung, die zugleich die Bedeutung einer fortschreitenden Verwirklichung der verbrecherischen Absicht hat. Der Anfangspunkt des Versuches, verschieden vom Anfangspunkte der verbrecherischen Thätigkeit überhaupt, ist, wie sich ergeben hat, derjenige Act, mit welchem das ganze eigenthümliche Wesen der verbrecherischen Absicht sich darzustellen beginnt. Je nach der Eigenthümlichkeit des Falles wird von hier aus ein kürzeres oder längeres Fortschreiten in der vorsätzlichen Thätigkeit stattfinden, bis schließlich diese und damit auch der Versuch fertig und beendigt ist. Auch das preußische Strafgesetzbuch hat diese zu unterscheidenden Momente des Anfanges, Fortganges und Endes der Versuchshandlung angedeutet. Da es sich aber bei dem Fortschreiten der Versuchshandlung nur um die größere oder geringere Annäherung an die Vollendung handelt, so lassen sich in diesem Fortschritte weitere qualitativ zu unterscheidende Punkte nicht angeben, und selbst die begrifflich bestimmbaren Punkte des Anfanges und Endes der Versuchshandlung sind nicht geeignet, eine absolute und allgemein giltige Norm für das Maß der Annäherung an die Vollendung zu gewähren, vielmehr läßt sich dasselbe immer nur im concreten Falle bestimmen.

Anmerk. 1. Daß dem römischen und ältern deutschen Rechte eine jede nähere Unterscheidung des Versuches rücksichtlich seiner Annäherung an die Vollendung unbekannt war [1]), folgte schon aus der mangelhaften begrifflichen Auffassung des Versuches. Auch den Glossatoren und älteren

---

1) Vgl. Zachariä II. §. 152. 153. Luden Abhandl. I. S. 267 flg.

italienischen Criminalisten ist eine solche Unterscheidung unbekannt, und nur bei Baldus [2]) findet sich der Unterschied des conatus remotus und proximus, der dann seit dem 16. Jahrhundert recipirt wurde [3]), ohne daß man über die Grenzen dieser Grade des Versuches zu irgend einer festen Regel kam. Daß der Carolina die Rücksicht auf die größere oder geringere Annäherung des Versuches an die Vollendung nicht fremd war, wird man vermöge ihrer Bestimmung über die relative Strafbarkeit des Versuches kaum bezweifeln können, obwohl sie besonderer gradueller Unterschiede nicht gedenkt. In der deutschen Doctrin kehrt zwar die Erwähnung des entfernten, nahen und nächsten Versuches bis ans Ende des 18. Jahrhunderts überall wieder, aber ohne daß darauf besonderes Gewicht gelegt oder eine festere Bestimmung dieser Grade versucht wurde [4]). Erst Koch [5]) war es, welcher scharf und bestimmt den Fall des geendigten Versuches als einen eigenthümlichen hervorhob, ihn aber auch vom Versuche trennte und dem vollendeten Verbrechen gleichstellte. Hierin folgte ihm, wie so vielfach, das preußische A. L. R., nur daß es auch den geendigten Versuch nicht mit der ordentlichen Strafe belegt, was Klein näher zu rechtfertigen suchte [6]). Seitdem hat die Doctrin in der Regel bald mehrere, bald wenigere Grade unterschieden, als deren höchster der beendigte Versuch (delictum perfectum) erscheint. Gleichwohl finden in Betreff des beendigten Versuches noch mancherlei Controversen statt. Theils verwirft man ihn ganz [7]), theils hat man auch hier die bereits erledigte Frage über den Versuch mit untauglichen Mitteln und Objecten eingemischt [8]). Hiermit, so wie mit der unklaren Unterscheidung der Verbrechen, welche zur Vollendung einen bestimmten Erfolg erfordern, und derer, bei denen es angeblich nicht der Fall ist, hing es zusammen, daß man meinte, es lasse sich der beendigte Versuch und die Vollendung nur bei gewissen Verbrechen unterscheiden, bei anderen nicht [9]). In dieser letztern Beziehung kann nur zugegeben werden, daß concrete Fälle vorkommen können, in

---

2) Baldus ad L. 5. C. de episc. et cler. 1, 3. ad L. 11. C. de his qui accus. 9, 1. Vgl. Pfotenhauer a. a. O. S. 170 flg.

3) So bei Clarus, Menochius, Farinacius. Vgl. Zachariä II. S. 14 flg. Dagegen ist auch noch Decianus diese Unterscheidung unbekannt.

4) Zachariä II. §. 159. 160.

5) Inst. i. cr. §. 26. 89., nicht aber wie Zachariä II. §. 161. angiebt Klein, der sich lediglich an Koch und das preußische Landrecht anschließt.

6) Klein Grundsätze §. 147.

7) Mittermaier z. F. §. 43. Roßhirt Entwickl. S. 317 flg.

8) Zachariä II. §. 163. Weber im N. A. IV. S. 35.

9) Zachariä und Weber a. a. O. Brackenhöft im A. 1847 S. 88.

denen delictum perfectum und consummatum zusammenfallen und nicht geschieden werden können, während es durchaus kein Verbrechen giebt, bei dem dies nothwendig und stets der Fall sein müßte. Das Wesen des beendigten Versuches erfordert also, wie schon Koch und Klein ihn bestimmten, daß der Verbrecher Alles, was er für erforderlich hielt, gethan habe[10]), mit anderen Worten, die Beendigung der vorgesetzten verbrecherischen Thätigkeit. Was neben dem geendigten Versuche die weiteren Gradunterschiede betrifft, so ergiebt sich, daß dieselben wegen der Unmöglichkeit sie zu fixiren, werthlos sind, und daß eben nur der eine Unterschied des beendigten und nicht beendigten Versuches ein bestimmbarer ist[11]).

Anmerk. 2. Einer besondern Erörterung bedarf noch die Frage nach dem Werthe und der Bedeutung einer Unterscheidung rücksichtlich der größern oder geringern Annäherung an die Vollendung. Daß sie eine Bedeutung nur haben kann, wofern sie von Einfluß ist auf das Maß der Schuld und Strafe, versteht sich von selbst. In dieser Beziehung ist man nun von jeher von der Ansicht ausgegangen, daß in demselben Verhältnisse, in welchem der Versuch sich der Vollendung nähert, auch das Maß der Schuld und Strafe wachse, mehr indem man sich vom natürlichen Gefühle leiten ließ, als weil man sich immer des Grundes bewußt geworden wäre. Dieser Grund kann nur in dem begrifflichen Wesen des Versuches selbst liegen, und ist darum der verschiedenen Auffassung desselben entsprechend in verschiedenen Momenten gesucht worden[12]). Wenn man aber, trotz einer verschiedenen Begründung in dem Resultate übereinkommt, daß die fortschreitende Annäherung an die Vollendung über Schuld und Strafe entscheide, so muß noch besonders darauf hingewiesen werden, daß es nicht bloß vergeblich ist in dem zwischen Anfang und Ende mitten inneliegenden Fortschritte des Versuches allgemeingiltige Gradunterschiede zu fixiren, sondern daß auch Anfangs- und Endpunkt des Versuches untauglich sind, um als Basis einer allgemeinen Regel über die Strafbarkeit zu dienen. Die herrschende Meinung ist die, daß die auf ihrem Anfangspunkte stehen gebliebene Versuchshandlung stets die geringste, der beendigte Versuch stets die größte Strafe verdiene, die sich dann zwischen Anfang und Ende dem Fortschritte entsprechend abstufen soll. Diese Ansicht beruht aber auf der irrigen Voraussetzung, daß der Anfangspunkt des Versuches in allen Fällen gleich weit von der Vollendung entfernt,

---

10) Vgl. Köstlin N. Revis. S. 460. Luden Handb. I. S. 409.
11) Vgl. Köstlin a. a. O. §. 123. Syst. S. 241 flg. Luden Handb. I. §. 67.
12) Das Nähere im folgenden §.

und der Endpunkt dieser gleich nahe liege. Ganz gewiß tritt in dem allmäligen Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit in allen Fällen irgendwo der Punkt ein, auf welchem sich, in der angegebenen Weise, der beginnende Versuch von der bloßen Vorbereitung qualitativ unterscheidet. Auf welchem Punkte des Weges dies aber geschieht, das hängt nicht allein von einem bestimmten Maße der Annäherung an die Vollendung, nicht von der Art des Verbrechens, sondern von der eigenthümlichen Beschaffenheit der Thätigkeit ab. Wenn der Versuch mit dem Acte zu existiren beginnt, mit welchem zuerst das ganze Wesen der verbrecherischen Absicht sich erkennbar darstellt, so versteht sich doch von selbst, daß nicht bloß dieser eine Act es ist, welcher als Versuch erscheint, sondern er in Verbindung mit der ganzen vorbereitenden Thätigkeit die durch ihn in ihrer Bedeutung gekennzeichnet und strafrechtlich characterisirt wird. Lediglich von der Beschaffenheit des concreten Falles hängt es ab, wann und in welcher Entfernung von der Vollendung dieser Act geschieht, und darum kann es geschehen, daß in dem Momente, in welchem dieser den Anfang des Versuches bezeichnende Act vollbracht wird, unter dem Lichte desselben eine bereits sehr weit vorgeschrittene und der Vollendung ganz nahe Versuchshandlung hervortritt. Ein Beispiel ist das oben angeführte, daß Jemand unter Umständen einbricht, die eine bestimmte verbrecherische Absicht durchaus nicht erkennen lassen. Erst in dem Momente, in welchem er nach der zu stehlenden Sache greift, beginnt sein Thun sich als Versuch eines Diebstahls mit Einbruch darzustellen, in demselben Momente befindet er sich aber auch in der unmittelbarsten Nähe der Vollendung. Andrerseits kann aber selbst der beendigte Versuch von der Vollendung noch ziemlich fern sein, denn wenn auch die Thätigkeit beendigt ist, so wird doch in sehr vielen Fällen immer noch eine allmälig fortschreitende Verwirklichung der verbrecherischen Absicht erfordert werden, bei welcher sogar dem Thäter nach beendigtem Versuche noch die Möglichkeit bleiben kann, sie entweder geschehen zu lassen oder sie zu hemmen und die Vollendung zu verhindern. Ein Brandstifter hat glimmenden Zunder in trockenes Gras gehüllt, er hofft die Zugluft werde das Gras zum Brennen bringen, und dieses werde weiter die darum gelegten Holzstücke anzünden, deren größere Flamme das Haus in Brand stecken soll. Der Versuch ist beendigt, aber die Vollendung ist noch von vielerlei Eventualitäten abhängig, möglicherweise noch so fern, daß dem Thäter noch ausreichende Zeit zum Rücktritt bleibt, oder daß, auch wenn der Versuch nicht entdeckt und der Zunder verlöscht worden wäre, die Vollendung höchst unwahrscheinlich erscheint. Es kann hiernach sehr wohl geschehen, daß in einem Falle der Anfangspunkt des

Versuches der Vollendung näher liegt als in dem andern der Endpunkt, so daß über das Maß der Annäherung an die Vollendung immer nur im concreten Falle geurtheilt werden kann. Daß das preußische Strafgesetzbuch durch die Fassung des §. 31. die fortschreitende Annäherung des Versuches an die Vollendung angedeutet hat, kann nicht bezweifelt werden. Es bezeichnet in der angegebenen Weise den Anfangspunkt des Versuches. In Betreff des Endpunktes ist es von der oben berührten Anschauung ausgegangen, daß bei manchen Verbrechen der beendigte Versuch mit der Vollendung zusammenfalle, und daß das delictum perfectum und consummatum nur in den Fällen zu unterscheiden sei, in welchen zur Vollendung, wie man zu sagen pflegt, ein bestimmter Erfolg gefordert werde. Darum wird unterschieden, ob im Fortgange der Versuchsthätigkeit eine Verhinderung eingetreten sei, oder ob die Thätigkeit ohne Hinderniß an ihr Ende gelangte, der zur Vollendung erforderliche Erfolg aber ausblieb. Daß hiernach ohne Zweifel auch das délit manqué der französischen Jurisprudenz, d. h. derjenige beendigte Versuch, bei welchem zugleich der Rücktritt unmöglich geworden ist, unter den Begriff des Versuches, nicht des vollendeten Verbrechens fällt, ist, wie Goltdammer ausführt [13]), ganz richtig, während übrigens auch diese Unterscheidung nur von geringem Werthe ist.

§. 51. Der Versuch ist als eine durch die Thätigkeit des Handelnden erfolgte Verwirklichung der verbrecherischen Absicht stets strafbar, wogegen er in allen Fällen ein geringeres Maß der Schuld als das vollendete Verbrechen darum darstellt, weil der Wille immer nur in seiner durch die Handlung vermittelten Verwirklichung strafbar ist, und darum auch das Maß der Schuld und Strafe durch das Maß der, im Versuche stets unvollständigen Verwirklichung des Willens bedingt wird. Im concreten Falle bestimmt sich deshalb auch das Strafmaß nothwendig in Rücksicht auf die mehr oder weniger vollständige Verwirklichung der Absicht, oder die größere oder geringere Annäherung des Versuches an die Vollendung. Das preußische Strafgesetzbuch, indem es zuvörderst den Versuch unter die gleiche Strafbestimmung stellt, unter welcher das vollendete Verbrechen steht, erkennt den geringern Schuldgrad des Versuches dadurch an, daß es an

13) Mat. I. S. 269 flg.

die Stelle der für das *vollendete* Verbrechen gedrohten Todes- oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe, für den Versuch eine zeitige Zuchthausstrafe von mindestens zehn Jahren setzt, und in allen anderen Fällen es dem Ermessen des Richters überläßt, so weit dies die relativ bestimmte Strafe zuläßt, die geringere Strafbarkeit des Versuches zu berücksichtigen. Ohne prinzipielle Bedeutung und nur durch practische Rücksichten veranlaßt ist die Bestimmung, daß der Versuch *allgemein* nur bei den Verbrechen, bei den Vergehen aber nur in den Fällen strafbar sein solle, in denen dies durch die betreffende Strafbestimmung ausdrücklich angeordnet ist.

Anmerk. 1. Der Versuch ist an sich selbst eine verbrecherische Handlung und als solche strafbar, nicht aber eine an sich rechtlich erlaubte, oder indifferente, die nur vermöge ihrer Gefährlichkeit oder aus sonstigen Zweckmäßigkeits-Gründen durch das positive Gesetz für strafbar erklärt wird [1]). Diese letztere irrige Ansicht hat ihren Grund besonders in der schiefen und unklaren Auffassung des Versuches, als einer Handlung, welcher ein zum Thatbestande des vollendeten Verbrechens erforderliches Moment mangele. Wird die abgeschlossen vorliegende That rein objectiv aufgefaßt, dann ist es freilich richtig, daß ihr ein solches Moment mangelt, wogegen es durchaus unzulässig ist die That in solcher Weise von ihrem subjectiven Grunde loszulösen. Käme es nur auf diesen Mangel an, dann würde es keine noch so unschuldige Handlung geben die nicht, wenn man irgend ein Moment hinzudenkt, als Versuch eines Verbrechens erschiene, und andrerseits ist es nicht wahr, daß der wirklichen Versuchshandlung ein zum Thatbestande erforderliches Moment fehle. Das was fehlt ist die vollständige Verwirklichung eines dieser Momente, nicht es selbst, da wenn ein wesentliches Moment vollständig fehlt und sich in keiner Weise objectivirt hat, auch kein Versuch vorliegt. Die Handlung dessen, der ein geladenes Gewehr abschießt, ist gerade nur dann Mordversuch, wenn das zur Vollendung erforderliche Moment der Tödtung eines Menschen, auch in der Versuchshandlung objectivirt und vorhanden, aber nicht vollständig verwirklicht ist. Soll also überhaupt bei der Begriffsbestimmung des Versuchs vom Thatbestande des vollendeten Verbrechens die Rede sein, so ist

---

1) Wie dies die Ansicht von Hepp Versuche S. 283. Zachariä I. §. 50. Bauer Abhandl. I. S. 344. Otto a. a. O. S. 65—70 ist.

gerade nur diejenige Handlung Versuch, in welcher alle wesentlichen zum Thatbestande des Verbrechens erforderlichen Momente sich erkennbar aber unvollständig verwirklicht haben. Eben darum ist der Versuch an sich selbst eine verbrecherische, strafbare Handlung und man bedarf nicht der Fiction: das Gesetz verbiete nicht bloß die Vollendung, sondern stillschweigend auch den Anfang des Verbrechens [2]). Ist also der Versuch unvollständige Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, so folgt von selbst, daß er auch in allen Fällen weniger strafbar ist als die vollständige Verwirklichung, das vollendete Verbrechen. Nur selten ist es in der deutschen Doctrin versucht worden, den Versuch rein von seiner subjectiven Seite als Aeußerung eines verbrecherischen Willens, der als solcher strafbar sei, aufzufassen [3]), woraus dann consequent die gleiche Strafbarkeit des Versuches und der Vollendung, wie aller Grade des Versuches, zu folgern ist. Im Allgemeinen ist von jeher, dem Standpunkte des deutschen Strafrechtes und der Carolina insbesondere entsprechend, das objective Moment im Versuche, die Verwirklichung der Absicht, genügend anerkannt worden, und hieraus folgte von selbst die geringere Strafbarkeit des Versuches der Vollendung gegenüber, und die mit der Annäherung an die Vollendung steigende Strafbarkeit. Im Einzelnen aber ist man freilich vielfach von der Strenge dieser Consequenz abgewichen. So hat man sich verleiten lassen wenigstens in beschränkter Beziehung den moralischen Standpunkt mit dem rechtlichen zu verwechseln und den beendigten Versuch dem vollendeten Verbrechen gleichzustellen [4]), oder man sucht den Grund der relativen Strafbarkeit des Versuches, indem man zu einseitig das objective Moment hervorkehrt, in der Gefährlichkeit der Handlung oder der in der Versuchshandlung enthaltenen vollendeten Rechtsverletzung [5]). Dagegen ist freilich oft genug der Grundsatz geltend gemacht worden, daß bei dem Versuche wie bei der Vollendung nur der in der That sich verwirklichende Wille, nicht aber bloß die That oder bloß der Wille, das Strafbare sei, nur daß das allgemein anerkannte Princip nicht immer die entsprechende Durchführung erfährt. So hat auch Köstlin, der das Princip mit aller Schärfe geltend macht, dasselbe offenbar verlassen, wenn er aus dem Satze, daß im Versuche der Wille überwiege, ganz ungehörige Folgerungen zieht.

---

2) So Lelièvre l. c. p. 269. **Mittermaier** im **N. A. I.** S. 169.

3) So **Schröter** S. 123 flg. **Luden Abhandl. I.** S. 48. 49. 510 flg.

4) **Koch** l. c. **Grolman** §. 89. **Tittmann I.** §. 98. **Oersted Grundreg.** S. 163 flg. **Lelièvre** p. 351.

5) **Mittermaier N. A. X.** S. 541 flg. **Hepp Versuche** S. 285. **Zachariä II.** S. 54. **Luden Abhandl. I.** S. 510 flg.

Allerdings überwiegt der Wille insofern als die Absicht in der Versuchshandlung nur eine unvollständige Verwirklichung erfährt. Aber es darf darum noch nicht hier, wo es sich um das rein formelle Verhältniß der Absicht und der That handelt, eine gar nicht auf die Absicht als solche, sondern auf die innere sittliche Qualität des Willens sich beziehende Rücksicht eingemischt werden. Dies thut Köstlin [6]), wenn er die mit dem Fortschritte der Versuchsthätigkeit fortschreitende Strafbarkeit nicht lediglich auf die vollständigere Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, sondern auf die sich kundgebende größere Intensität des verbrecherischen Willens basirt, während doch diese vom Unterschiede des Versuches, der verschiedenen Grade desselben und der Vollendung ganz unabhängig ist, so daß selbst das vollendete Verbrechen oft eine viel geringere Intensität des bösen Willens als der eben erst beginnende Versuch zeigen kann [7]). Ganz unbegreiflich ist es, wie Köstlin, nachdem er rücksichtlich der Begriffsbestimmung des Versuches den Unterschied der tauglichen und untauglichen Mittel und Objecte bekämpft hat, die relative Strafbarkeit des Versuches von dieser Tauglichkeit oder Untauglichkeit abhängig machen will. Es ist nicht wahr, daß bei tauglichen Versuchsacten die Vollendung, bei untauglichen nur der beendigte Versuch den Endpunkt der Reihe bildet, sondern bei jeder wirklichen Versuchshandlung ist der Endpunkt das Mißlingen, und bei jeder ist er das Gelingen und die Vollendung, wenn der die Vollendung hemmende Umstand hinweg gedacht wird.

Anmerk. 2. In allen früheren Entwürfen des preußischen Strafgesetzbuches war man bei dem Grundsatze des deutschen Strafrechtes stehen geblieben, daß der Versuch in allen Fällen geringer als das vollendete Verbrechen zu bestrafen sei [8]). Erst in dem Entwurfe von 1850 wurde der entgegengesetzte Grundsatz des französischen Strafrechtes aufgenommen [9]). Obwohl aber die Motive demgemäß lediglich den moralischen Gesichtspunkt als den entscheidenden hervorhoben, wich man doch sofort von der Consequenz des Principes der gleichen Bestrafung des Versuches und der Vollendung in der Beziehung ab, daß man die absolut bestimmten Strafen, die Todes- und lebenslängliche Zuchthausstrafe, beim Versuche ausschloß und durch zeitige Zuchthausstrafe von mindestens zehn Jahren nebst Stel-

---

6) N. Revis. §. 122. 124. System S. 245 flg.
7) Wie Temme Lehrb. S. 300 sehr richtig hervorhebt.
8) Vgl. z. B. Motive zum Entwurf von 1847 Tit. 4.
9) Beseler Komment. S. 147. Goltdammer Mat. I. 279. Temme Lehrb. S. 306.

lung unter Polizeiaufsicht ersetzte, und daß man zugleich stillschweigend von der Voraussetzung ausging: es werde der Richter, überall wo die Strafe eine relativ bestimmte ist, von selbst die geringere Strafbarkeit des Versuches berücksichtigen. Auf Veranlassung der Commission der zweiten Kammer wurde aber diese vorausgesetzte Befugniß des Richters ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen. In solcher Weise zeigt nun der §. 32. eine unglückliche Mischung französischer und deutscher strafrechtlicher Grundsätze. Das an die Spitze gestellte Princip der gleichen Strafbarkeit des Versuches und der Vollendung wird für die meisten Fälle durch die nachfolgenden Bestimmungen aufgehoben; dagegen äußert dasselbe seine Wirksamkeit noch in der Beziehung, daß es in allen Fällen, in denen für die Vollendung nicht Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe gedroht ist, es nur dem Ermessen des Richters überlassen wird, für den Versuch eine gleiche oder eine geringere Strafe zu verhängen; daß ferner alle untheilbaren accessorischen Strafen gleichmäßig bei Versuch wie Vollendung zu erkennen sind, und endlich, daß in allen Fällen, in denen die Vollendung nur mit dem Minimum der relativ bestimmten Strafe zu belegen wäre, der Versuch in gleichem Maße bestraft werden muß, weil unter das Minimum nicht heruntergegangen werden darf. Ist aber in allen Fällen die Strafe des vollendeten Verbrechens die Norm für die des Versuches, so folgt hieraus nothwendig der Schlußsatz des §. 32., daß die Umstände, welche bei der Vollendung eine der Art oder dem Maße nach mildere Strafe veranlassen würden, wofern sie obwalten, auch bei dem Versuche zu berücksichtigen sind, nur daß es den Worten des Gesetzes offenbar widersprechen würde, wenn man den Versuch an sich selbst und in allen Fällen als einen solchen mildernden Umstand betrachten wollte [10]). Daß nun auch der preußische Richter, insoweit er die geringere Strafbarkeit des Versuches berücksichtigen muß oder darf, die größere oder geringere Annäherung an die Vollendung zu beachten haben wird, unterliegt keinem Zweifel, obwohl es eben so wenig zweifelhaft ist, daß durch die in §. 31. enthaltenen Andeutungen dieser Gradunterschiede des Versuches nur das Wesen desselben abgegrenzt, nicht aber eine Norm für die Strafbarkeit gegeben werden sollte.

Den seit der Carolina im deutschen Strafrechte feststehenden Grundsatz, daß der Versuch in allen Fällen als solcher, nicht aber nur im einzelnen Falle in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmung zu bestrafen sei,

---

10) So Temme Lehrb. S. 304. Dagegen Oppenhoff zu §. 32.

hat das Strafgesetzbuch insofern verlassen, als nach der gleichfalls dem Code pénal entnommenen Bestimmung des §. 33. der Versuch eines Vergehens nicht an sich, sondern nur nach besonderer gesetzlicher Bestimmung bestraft werden soll. Die dafür geltend gemachten Gründe sind zum Theil nicht stichhaltig, zeigen aber, daß es überhaupt nur Rücksichten äußerer Zweckmäßigkeit waren, welche diese im practischen Resultate geringfügige Abweichung vom gemeinen deutschen Rechte veranlaßte, nicht aber ein principieller Gegensatz gegen den angeführten Grundsatz desselben.

§. 52. Wenn zwar nach preußischem Strafrechte der Versuch eines jeden Verbrechens, im technischen Sinne des Wortes, strafbar ist, so kann gleichwohl nicht eine jede Handlung, die mit einer sie als Verbrechen qualifizirenden Strafe bedroht ist, in dem Sinne als ein selbständiges Verbrechen betrachtet werden, daß in Beziehung auf sie die Möglichkeit eines strafbaren Versuches angenommen werden müßte. Hat nämlich, insbesondere auch im preußischen Strafgesetzbuche, nicht eine jede selbständige Strafbestimmung ihren Grund darin, daß es darauf ankäme eine bestimmte strafbare Handlung rücksichtlich ihres eigenthümlichen Thatbestandes von anderen zu unterscheiden, sondern oft auch darin, daß, um dem richterlichen Ermessen keinen allzu großen Spielraum zu gewähren, verschiedene Begehungsformen oder auch Versuchshandlungen desselbigen Verbrechens mit besonderer Strafe bedroht werden sollen, so ergiebt sich, daß rücksichtlich der einzelnen Strafbestimmungen die Frage zu untersuchen ist, ob dieselbe im Sinne des Gesetzbuches sich auf ein selbständiges Verbrechen oder auf den Versuch eines solchen bezieht, in welchem letztern Falle von einem strafbaren Versuche eines solchen Versuches nicht die Rede sein kann.

Anmerk. Es ist freilich eine, wenn auch nicht wohl zu vermeidende, Inconsequenz, daß das preußische wie die meisten deutschen Strafgesetzbücher den allgemeinen Grundsatz der Strafbarkeit des Versuches aufstellen, und daneben einzelne Versuchshandlungen mit besonderer Strafe belegen. Aber diese Inconsequenz muß als solche anerkannt und hingenommen werden, weil andernfalls sich die widersinnige Consequenz der Bestrafung eines versuchten Versuches ergiebt. Die Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte mit Strafe bedrohte Handlung als selbständiges Verbrechen

oder als Versuchshandlung anzusehen sei, wird meistens viel weniger schwierig sein, als etwa scheinen mag. Das Nähere muß in dieser Beziehung der Erörterung der einzelnen Verbrechen im besondern Theile vorbehalten bleiben [1]).

§. 53. Der rechtlichen Beurtheilung unterliegt immer nur der in der Handlung sich verwirklichende Wille, niemals der Wille an sich selbst, sollte er sich auch zu einer irgendwie kundgewordenen verbrecherischen Absicht gestaltet haben. Allerdings kann aber auch das Unterlassen die Bedeutung einer wirklichen, und darum möglicherweise auch der strafrechtlichen Beurtheilung unterliegenden, Handlung empfangen, falls unter der Voraussetzung einer Verpflichtung zum Handeln, dieses absichtlich unterlassen wird, sei es daß die Absicht dahin geht sich einer gesetzlichen Verpflichtung zu entziehen, oder dahin, durch das Unterlassen eine selbständige verbrecherische That zu vollbringen.

Anmerk. Der Grundsatz cogitationis poenam nemo patitur ist an sich ein so einfacher, sich von selbst verstehender, daß ihn auch das römische Recht sehr bestimmt ausspricht [1]), obwohl es ihm, vermöge seiner bekannten Tendenz, nahe gelegen hätte ihn zu ignoriren. Daß ihn das canonische Recht nicht unbedingt anerkannte [2]), ist insofern durchaus folgerecht, als es hier zunächst nicht darauf ankam das Verbrechen zu strafen, sondern die Sünde durch Buße zu tilgen, und als freilich die sittliche Schuld die Handlung nicht nothwendig erfordert. Dem germanischen Rechte lag es natürlich durchaus fern je die Absicht strafen zu wollen. Aber so unbedingt auch die Doctrin die Straflosigkeit der nicht in die Handlung übergegangenen Absicht stets anerkannt hat, so kommt es doch darauf an diesen Grundsatz überall consequent festzuhalten, was gerade in der Lehre vom Versuche nicht immer geschehen ist. Daß auch ein Nichtthun als Handlung erscheinen und strafbar sein kann, wird man heut eben so wenig bezweifeln. Das Unterlassen kann aber als Handlung freilich nur unter der Voraussetzung einer obligatio ad faciendum erscheinen, da

---

1) Vorläufig ist hier auf den lehrreichen Aufsatz von Zachariä in Goltdammers A. III. S. 162 flg. 289 flg. zu verweisen.

1) L. 18. D. de poenis. 48, 19. L. 1. §. 1. D. de furt. 47, 2. L. 53. §. 1. L. 225. D. de V. S. 50, 16.

2) Caus. 33. qu. 3. de poenit. D. 1. c. 25. 28–30.

es nur dann als eine positive Willensäußerung betrachtet werden kann. Gewiß gehören hierher zunächst alle die delicta omissionis, die durch das Unterlassen einer bei Strafe gebotenen Thätigkeit begangen werden, dagegen dürfen die Unterlassungsverbrechen nicht hierauf beschränkt werden[3]), da durch das Unterlassen nicht bloß ein Präzeptivgesetz, sondern auch ein verbietendes Gesetz übertreten werden kann[4]).

Zweites Kapitel.

Das Verbrechen rücksichtlich seines Inhaltes.

Einleitung.

§. 54. Seinem Inhalte nach erscheint das Verbrechen als eine eigenthümlich gestaltete von anderen Formen des Unrechtes sich unterscheidende Rechtsverletzung. Wenn aber das Recht ein endliches Dasein in welchem allein es für die verbrecherische That erfaßbar ist, nur in der Form von Rechten und rechtlichen Gütern erlangt, so setzt das Verbrechen in allen Fällen die Beschädigung eines solchen rechtlichen Gutes voraus. Weiter erfordert das Dasein eines Rechtes oder rechtlichen Gutes auch das eines Rechtssubjectes, welches als der Träger desselben und damit als das durch jene Beschädigung zunächst verletzte Subject erscheint. Unzulässig aber ist es die Frage nach dem Dasein eines möglicherweise durch das Verbrechen zu verletzenden Rechtssubjectes lediglich nach den Grundsätzen des Privatrechtes und Staatsverfassungsrechtes beurtheilen zu wollen, da es vom Standpunkte des Strafrechtes aus Rechtssubjecte geben kann, die weder das Privat- noch das Staatsrecht im engern Sinne als solche aner-

3) So Feuerbach §. 24. Spangenberg im N. A. IV. S. 527 flg.

4) Zachariä Versuch I. S. 66 flg. Luden Abhandl. II. S. 219 flg. Handb. I. S. 217 flg. Köstlin System §. 80. In Betreff des preuß. Rechtes vgl. Goltdammer I. S. 275. II. S. 318. 367. 397.

kennt, weil es ihnen an jeder privatrechtlichen wie politischen Berechtigung fehlt. So ist namentlich nicht nur die natürliche und juristische Person im Sinne des Privatrechtes, nicht bloß der Staat als solcher wie in seinen selbständig berechtigten Organen, sondern auch die Familie als solche, zwar weder im Sinne des Privat- noch Staatsrechtes, wohl aber in dem des Strafrechtes ein Rechtssubject, das durch das Verbrechen beschädigt und verletzt werden kann. Es ist ferner die bürgerliche Gesellschaft, im Sinne des Privat- und Staatsrechtes nur eine Vielheit von Individuen, zugleich eine ideelle Einheit, die als solche zu ihrem Dasein bestimmter materieller und ideeller Güter bedarf, die ihr Recht bilden, das mögliches Object der Beschädigung durch das Verbrechen zu sein vermag. Diese Beschädigung ist aber näher Rechtsverletzung nur vermöge des Umstandes, daß sie das Ergebniß einer menschlichen Handlung ist. Bezieht sich diese Rechtsverletzung lediglich auf die fremde Vermögensberechtigung, die sie auch nur als solche verletzt, so ist sie eine civile, welche die Pflicht der Entschädigung mit sich bringt, während sie in allen anderen Fällen eine strafbare, criminelle ist. Der Grund davon liegt darin, daß auf dem Gebiete des Vermögensrechtes die subjective Willkür in all ihrer Zufälligkeit eine an sich berechtigte ist, und als solche anerkannt werden muß, wie sehr sie auch im einzelnen Falle gegen die wirthschaftlichen und sittlichen Gesetze verstoßen mag. So lange sie daher nur die vermögensrechtlichen Institutionen als solche, das Recht der subjectiven Willkür als solches anerkennt, kann eine jede ihrer Aeußerungen niemals an und für sich, sondern nur im Widerspruche zur Berechtigung der andern Person als ein relatives Unrecht erscheinen. Auf allen anderen Gebieten des Rechtslebens hat dagegen die Aeußerung des subjectiven Willens einen durch das Recht als nothwendig gesetzten Inhalt, oder das Handeln, selbst wenn es in der Ausübung einer Berechtigung besteht, ist ein pflichtmäßiges, und jeder dieser Pflicht sich entziehende Act der subjectiven Willkür ist ein an und für sich rechtswidriger. Wenn freilich das Recht die subjective Willkür vielfach auch auf anderen Gebieten als dem des Vermögensrechtes, völlig sich selbst

überläßt, so geschieht es nicht darum, weil es deren Aeußerungen als berechtigte anerkennte, sondern weil es sich um solche Aeußerungen handelt, die außerhalb der Sphäre des Rechtes liegen, oder um solche, die zwar dem Rechtsleben angehören, aber eine vorwiegend sittliche Bedeutung haben, so daß, wie z. B. bei der Ausübung politischer Berechtigungen, das pflichtmäßige Handeln auch rechtlich nur einen Werth hat, wofern es lediglich aus freier Selbstbestimmung hervorging.

So nothwendig demnach die einer fremden Berechtigung, einem rechtlichen Gute zugefügte Beschädigung das Mittel ist, um das criminelle Unrecht in die Erscheinung treten zu lassen, so wenig ist dieser Schaden an sich das Verbrechen, das seine Existenz nur in dem gegen die Ordnung und Herrschaft des Rechtes sich auflehnenden Willen hat, welcher eben diese Ordnung und Herrschaft handelnd wirklich brach. Hat aber das Recht in der Form der subjectiven Berechtigung, welcher Art sie sein möge, immer nur die Bedeutung einer Forderung, die sich an den Willen anderer Individuen richtet und in ihrer Verwirklichung von ihm abhängig ist, gestaltet sich das Recht zu einer daseienden Ordnung, zu einer den individuellen Willen beherrschenden Macht nur im Staate, so ist auch nur der Staat das Rechtssubject, an welchem in Wahrheit das Verbrechen begangen wird, während jedes andere an seinen Rechten und rechtlichen Gütern beschädigte Rechtssubject nur Mittel für Begehung des Verbrechens ist. Demnach ist bei den unmittelbar gegen den Staat gerichteten Verbrechen, dieser das Subject, an welchem eben so wohl die Beschädigung, wie der Bruch des Rechtes vollbracht wird.

§. 55. Das objectiv daseiende Recht hat im Willen selbst seinen Ursprung. Aber es ist dieser Umstand nicht bloß eine für die wissenschaftliche Erkenntniß des Rechtes bedeutsame Thatsache, sondern zugleich der rechtliche Grund für die Macht und Herrschaft, welche das Recht über den Willen des Individuums ausübt, weil nur vermöge dieser Thatsache der Mensch in einem seiner freien, sittlichen Natur entsprechenden freien, sittlichen Verhältnisse zum Rechte steht. Darum ist es das Wesen des Verbrechens, nicht nur Bruch des objectiv daseienden Rechtes, sondern zugleich und

in demselben Maße eine innere Entgegensetzung der subjectiven Willkür gegen das sittliche Wesen des Willens selbst, d. h. eine sittlich schuldhafte Handlung zu sein. Soll das Recht durch die Handlung des Menschen gebrochen werden, so ist die nothwendige Voraussetzung, daß das Recht nicht nur an sich, sondern auch für den Willen des Handelnden als eine ihn innerlich bestimmende Qualität seines eigenen Wesens da sei, und deshalb kann die Beschädigung eines rechtlichen Gutes, wie sie auch gestaltet sein möge, niemals als Verbrechen erscheinen, so wie es im gegebenen Falle an jeder sittlichen Schuld fehlt. Wie das Dasein so wird ferner auch die Größe des Verbrechens durch das Maß der sittlichen Schuld wesentlich bedingt, und darum haben nicht bloß die Grundsätze der ethischen Wissenschaft, welche sich auf das Wesen der Handlung oder die formelle Zurechnung beziehen, die gleiche Geltung für das Recht wie für alle Gebiete des sittlichen Lebens, sondern es gewinnen auch diejenigen Normen der Ethik, nach welchen sich in der bösen Handlung rücksichtlich ihres Inhaltes das Maß der sittlichen Schuld bestimmt, insoweit eine rechtliche Bedeutung, als das Strafrecht ihrer bedarf, um nach dieser Seite das Maß der verbrecherischen Schuld festzustellen.

§. 56. Ist das Verbrechen, nachdem es sich seiner Form nach als eine zuzurechnende Handlung dargestellt hat, nunmehr also nach seinem Inhalte und der daraus sich ergebenden rechtlichen und hiermit untrennbar verbundenen sittlichen Bedeutung zu betrachten, so handelt es sich auch hier um das ursächliche Verhältniß des Willens zur That, aber nicht mehr nur rücksichtlich der formellen Frage, ob und in wie weit das Geschehene ein Gewolltes und das Gewollte ein Geschehenes ist, sondern rücksichtlich der Frage: welchen Werth und welche Bedeutung die Handlung rücksichtlich ihres Inhaltes, als eine aus sittlicher Schuld entspringende Rechtsverletzung, habe. Das auf diese Frage sich beziehende Urtheil ist also nicht weniger als das auf die Frage der formellen Zurechnung sich beziehende, ein solches, durch welches das Maß der verbrecherischen Schuld bestimmt wird, und wir bezeichnen es als die materielle Zurechnung.

I. Die Rechtsverletzung.

§. 57. Nur uneigentlich kann vom Begriffe des Verbrechens die Rede sein. Als eine in allen Beziehungen sich selbst widersprechende Handlung ist das Verbrechen an sich das Unbegreifliche. Es ist sein Wesen ein unwesentliches schattenhaftes Dasein zu haben, ein Streben zu sein nach unerreichbarem Ziele, etwas sein zu wollen, was es niemals zu sein vermag. Alles, was als eine Wesensbestimmtheit des Verbrechens bezeichnet werden muß, erscheint darum immer nur als eine Tendenz, die einen Zweck bezeichnet, welcher im Verbrechen selbst niemals seinen adäquaten Ausdruck findet. Das Wesen des Verbrechens ist es aber zunächst eine Rechtsverletzung zu sein, und zwar unterscheidet es sich als solche von anderen Formen des Unrechtes dadurch, daß es das Recht an sich, als eine das menschliche Wollen und Handeln bestimmende sittliche Macht, zu seinem Objecte hat. Die Herrschaft des Rechtes zu brechen, die Gerechtigkeit zu tilgen und die individuelle Willensäußerung als das statt ihrer Geltende zu setzen, ist die wesentliche Tendenz des Verbrechens, das Allgemeine als dessen concrete Darstellung das einzelne Verbrechen erscheint, und doch ein Allgemeines, das der Verbrecher als solches selbst nicht will, weil es sich vernichtend gegen ihn und seinen als das Geltende gesetzten Willen wenden würde, und ferner ein Allgemeines, das an sich selbst das Unerreichbare ist. Ist es allein die Herrschaft des Rechtes, unter welcher das freie, menschliche Individuum in seinem Verhältniß zu anderen sich als solches darzustellen und zu behaupten vermag, so ist das Verbrechen ein Widerspruch in sich, weil es eine That ist, durch welche der Handelnde sich die Basis des eigenen Daseins als einer sich selbst bestimmenden Persönlichkeit entzieht, weil es einen Zweck setzt, den der Handelnde, je nach seiner concreten oder allgemeinen Bedeutung, zugleich will und nicht will. Ist es ferner wesentlich das Recht an sich, die Gerechtigkeit, welche gebrochen werden soll, so ist das Verbrechen ein sich Widersprechendes darum, weil ihm sein eigentliches Object unerreichbar bleibt, denn welches auch das besondere und nächste Object der Rechtsverletzung sein

möge, so liegt es doch im Wesen des Verbrechens stets darüber hinaus zu streben, und in ihm die Substanz des Rechtes selbst antasten zu wollen, während das höchste, was dem Verbrechen erreichbar ist, und als das Object eines jeden Verbrechens erscheint, der Staat als das daseiende Recht, immer wiederum nicht das Recht schlechthin, sondern das Recht in einer endlichen concreten Form seines Daseins ist.

Anmerk. Seit Feuerbach [1]) das Verbrechen als Rechtsverletzung, als eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Rechte eines Andern widersprechende Handlung bestimmt hat, ist bis heut die Frage: ob das Verbrechen stets als Rechtsverletzung zu betrachten sei, vielfach besprochen und bestritten worden [2]). Die Verneinung derselben ist freilich vollkommen berechtigt, so wie unter Rechtsverletzung nur die Verletzung der subjectiven Berechtigung einer natürlichen oder juristischen Persönlichkeit im Sinne des Privatrechtes verstanden werden soll. Indem sie Feuerbach in solcher Weise auffaßte, ergab sich daraus einerseits die schiefe Auffassung des Thatbestandes mancher Verbrechen, bei denen er nur sehr gezwungen die vermeintliche subjective Berechtigung, welche Object der Verletzung sein sollte, aufweisen konnte, und andrerseits die ungebührliche Ausdehnung der Polizeivergehen, die da aushelfen mußten, wo sich eine solche verletzte subjective Berechtigung durchaus nicht finden will. Dennoch muß das Verbrechen, als eine Form des Unrechtes, nothwendig in allen seinen Gestalten eine Rechtsverletzung sein, oder man muß, will man es leugnen, auf eine Begriffsbestimmung des Verbrechens verzichten, und denen folgen, welche sie für überflüssig wohl gar schädlich erachten, indem sie sich damit begnügen das Verbrechen als strafgesetzwidrige Handlung zu bezeichnen [3]). Von welcher Bedeutung es ist das Verbrechen begrifflich und als eine Rechtsverletzung zu bestimmen, leuchtet ein. Einmal kann die Strafgesetzgebung, indem sie über die Verbrechen gegen irgend welche derartige objective Berechtigungen hinausgeht, sich nicht damit begnügen noch weitere

---

1) Lehrb. §. 21.

2) Thibaut Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie S. 32. Mittermaier Grundfehler der Behandlung des Strafrs. 1819 S. 30. Ueber den neusten Zustand der Crim. Gesetzgeb. S. 24. 117. Jarke im N. A. VIII. 77. Droste-Hülshoff im N. A. IX. Birnbaum im N. A. 1834 S. 156. Abegg Untersuchungen S. 60. im N. A. IX. S. 625. XII. S. 620. Lehrb. §. 100. Luden Handb. §. 22. Köstlin System S. 97.

3) Vgl. oben §. 1.

z. B. unsittliche, irreligiöse Handlungen in Rücksicht auf ihre Schädlichkeit, Gefährlichkeit und das zu Hilfe geholte Rechtsgefühl des Volkes mit Strafe zu bedrohen, sondern muß sich zuerst die Frage beantworten, ob und in wiefern diese Handlungen in Wahrheit rechtsverletzende sind. Im andern Falle würde sie ihre wesentlichen Grenzen überschreiten und höchst wahrscheinlich nur störend statt fördernd in die Sphäre der Sitte und Religion übergreifen. Sodann aber ist die Bestimmung des Verbrechens als Rechtsverletzung von wesentlichem Einflusse auf die Wissenschaft des positiven Strafrechtes selbst, da durch sie die wissenschaftliche Erfassung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen nothwendig bedingt wird, was im speciellen Theile des Systems seine Bestätigung wird finden müssen. In welchem Sinne nun das Verbrechen als Rechtsverletzung zu betrachten sei, das ist im Wesentlichen, besonders von Abegg und Köstlin, gezeigt worden. Nur das muß Feuerbach und seinen Anhängern zugestanden werden, daß von einem durch das Verbrechen zu verletzenden Rechte oder rechtlichen Gute freilich nicht die Rede sein kann ohne ein Subject, das der Träger dieses Gutes ist. Aber wie die privatrechtlichen Normen über die Rechtssubjectivität für das Staatsrecht schon nicht ausreichen, wie man z. B. den Staat selbst, die Staatsbehörde, die politische Corporation unmöglich in die Form der juristischen Person des Privatrechtes fassen kann, so darf man sie auch nicht auf das Strafrecht übertragen wollen. Es kommt hier namentlich darauf an, abgesehen von der Berechtigung privatrechtlicher und staatsrechtlicher Persönlichkeiten, sittliche Güter, die an sich der Sphäre des Rechtslebens gar nicht angehören, in ihrem endlichen Dasein gegen die subjective Willkür darum zu schützen, weil sie nothwendige und deshalb in ihrem Dasein berechtigte Güter des gesellschaftlichen Lebens sind. Das Strafrecht hat also freilich Rechtssubjecte zu berücksichtigen, von denen im Uebrigen das Privatrecht wie Staatsrecht nichts weiß, indem sie für das Recht überhaupt nur rücksichtlich des strafrechtlichen Schutzes, den sie genießen, vorhanden sind. Ist doch der Mensch selbst, als der werdende noch nicht geborene, in solcher Weise für das Strafrecht ein wirkliches Rechtssubject, während das Privatrecht ihn höchstens als eine künftige, mögliche Persönlichkeit berücksichtigt.

§. 58. Das Recht, insofern es Object des Verbrechens sein soll, muß demnach 1) ein concret daseiendes, individuell bestimmtes sein. Wie also das Recht in diesem Dasein ein verschiedenes ist, so auch nothwendig die verbrecherische Verletzung desselben, obwohl alle Verbrechen über diese ihre concrete Erscheinung hin-

aus in dem einen Momente übereinkommen, Bruch der Gerechtigkeit zu sein. Wenn aber ferner die Rechtsverletzung Verbrechen nur dann ist, wofern sie zugleich als gesetzwidrig erscheint, so ist 2) auch nur das vom Gesetz anerkannte und unter seinen Schutz gestellte Recht Gegenstand des Verbrechens.

Anmerk. In dem durch das Verbrechen etwa bewirkten Schaden, in dem Umstande, daß Jemand an seinem Vermögen, seiner Gesundheit beschädigt, daß ein Mensch todt ist u. s. f., liegt das Wesen des Verbrechens um so weniger, als darin an sich noch nicht einmal nothwendig ein Unrecht liegt, weshalb auch das Verbrechen vom Dasein einer Beschädigung, wofern darunter nicht bloß die einfache Negation des Rechtes, sondern ein fortdauernder, wohl gar irreparabler Nachtheil verstanden wird, in keiner Weise bedingt ist. Zur Rechtsverletzung wird die Beschädigung erst, indem sie sich als das Ergebniß einer freien menschlichen Handlung darstellt. Aber auch in einer solchen als Rechtsverletzung sich characterisirenden Beschädigung einer andern Person liegt noch nicht das Verbrecherische der Handlung, vielmehr erscheint diese Beschädigung an sich betrachtet als ein Unglück oder als ein civiles Unrecht, das die Verpflichtung zur civilrechtlichen Entschädigung nach sich zieht. Darum ist auch die Aufhebung des Verbrechens ganz unabhängig von der Frage, ob der angerichtete Schaden reparirt ist oder reparirt werden kann. Die Berechtigung, wie eine jede Form des Rechtes, welche als nächstes Object des Verbrechens erscheint, ist vielmehr immer nur das Medium, vermittelst dessen die Rechtsordnung an sich gebrochen werden soll. Insofern nun das Verbrechen nothwendig zugleich gesetzwidrige Handlung ist, ist es allerdings ein wesentliches Erforderniß, daß es ein als solches vom Gesetze anerkanntes und damit unter dem Schutze des Staates stehendes Recht, zu seinem Objecte habe. Es versteht sich von selbst, daß damit nicht gemeint sein kann den Schutz des Strafgesetzes auf die Staatsbürger beschränken zu wollen, vielmehr hat der Staat die sittliche Pflicht seinen strafrechtlichen Schutz auf alle, innerhalb seines Gebietes bestehenden rechtlichen Verhältnisse zu erstrecken, namentlich auch, in Rücksicht auf die völkerrechtlichen Beziehungen der europäischen Staaten, auf den auswärtigen Staat soweit er im Inlande Object eines verbrecherischen Angriffs sein kann[1]). In wie weit er dieser Pflicht genügt hat, das besagt die bestehende Strafge-

---

1) Vgl. oben §. 15.

setzgebung, und darum kann allerdings vom Standpunkte des positiven Rechtes aus eine Handlung als rechtlich erlaubt erscheinen, die ihrem Wesen nach als Rechtsverletzung und Verbrechen zu betrachten wäre. Ebenso ist im Allgemeinen der Grundsatz als richtig anzuerkennen, daß ein, zwar an sich gesetzlich anerkanntes Recht, nicht Gegenstand des Verbrechens sein kann, wofern es im concreten Falle durch die berechtigte Macht des Staates dem Berechtigten entzogen war. Es bedarf kaum der Erinnerung, daß die neuere Gesetzgebung und auch die preußische so wenig eine absolute Rechtlosigkeit wie Ehrlosigkeit kennt, und daß, wo eine Rechtsentziehung durch Strafurtheil ausgesprochen ist, immer nur der Staat, nicht die Privatperson befugt sein kann, sie in Vollzug zu setzen [2]).

1. Die Rechtsverletzung nach Qualität und Quantität.

§. 59. Alle Verbrechen, welche die Form ihrer äußern Erscheinung sein möge, kommen darin überein Bruch der Gerechtigkeit zu sein, und darum unmittelbar oder mittelbar den Staat zum eigentlichen Objecte ihres Angriffes zu machen. Das besondere Recht aber, gegen welches das Verbrechen sich unmittelbar richtet, ist nicht nur das nothwendige Mittel, um die verbrecherische That in die Erscheinung treten zu lassen, sondern auch das Maß der Rechtsverletzung. Das Verbrechen negirt freilich nicht bloß die concrete Berechtigung einer bestimmten Person, sondern das Recht selbst in einer besondern Form seines Daseins, in der Form einer bestimmten rechtlichen Institution, indem es statt dieser eine zufällige Aeußerung der subjectiven Willkür zur Geltung zu bringen unternimmt. Diese Aeußerung enthält ferner auch ein Princip, das in seiner folgerechten Durchführung nicht nur irgend eine Institution, sondern die ganze Welt des Rechtes vernichten würde, so daß in jedem Verbrechen wesentlich die Tendenz das Recht in seinem ganzen Umfange zu tilgen ausgesprochen ist. Gleichwohl muß auch hier die eigenthümliche Natur des Verbrechens ein sich selbst Widersprechendes zu sein, in

---

2) Vgl. besonders Abegg Untersuchungen Abhandl. 2. und im N. A. IX. S. 620 flg. Lehrb. S. 163.

Betracht kommen, wonach nämlich der Verbrecher eine concrete Berechtigung, eine besondere Rechtsinstitution, so wie das gesammte Recht in seinem individuellen Interesse ebenso negirt als zugleich ponirt, etwas erstrebt, das an sich das Unerreichbare ist. Das was der Verbrecher wirklich erreicht, ist also nicht mehr als dies, daß er durch seine That im concreten Falle eine allgemeine Rechtsnorm gebrochen und seinen Willen als den statt ihrer geltenden gesetzt hat. Daraus folgt, daß er das Recht in Wahrheit nur in dem Maße gebrochen hat, das durch jene Rechtsnorm angegeben wird. Die Rechte und rechtlichen Güter, welche mögliche Objecte des Verbrechens sind, erscheinen als verschiedene zunächst rücksichtlich ihrer Qualität, indem sie für das sittliche, gesellschaftliche Leben der Menschen einen verschiedenen Werth, eine größere oder geringere Bedeutung haben, so wie ferner, wenn auch nicht in allen Fällen, dasselbige Recht ein in quantitativer Beziehung verschieden bestimmtes sein kann. Demnach ist es die Qualität des verletzten Rechtes und der quantitative Umfang, in welchem es verletzt wurde, wonach sich das Maß der Rechtsverletzung bestimmt.

Anmerk. Das positive Recht hat sich der Einsicht, daß die verbrecherische Schuld eine nach Qualität und Quantität des verletzten Rechtes verschiedene sei, niemals völlig zu entziehen vermocht und natürlich da am wenigsten, wo durch eine Vermischung der Strafe und der Entschädigung des Verletzten sich ein Privatstrafrecht bildete. Mag die Art der Schätzung des Rechtes und darum auch des Verbrechens eine in vielen Punkten unserer Anschauung widersprechende sein, so ist doch das complicirte und vielgegliederte Strafensystem des römischen Rechtes Beweis genug, wie weit dieses von einer abstracten Gleichstellung aller Verbrechen entfernt war. Annähernd zeigt sich eine solche allerdings auf dem Standpunkte des ältesten, aus den nordischen Rechtsquellen erkennbaren, germanischen Strafrechtes, insofern hier der Friedensbruch, eine jede als eigentliches Verbrechen betrachtete Handlung in der Regel die Friedlosigkeit nach sich zieht, die freilich mehr den Character der Rache als der Strafe an sich trägt. In dem in den deutschen Volksrechten herrschenden Bußsysteme begegnen wir einer sehr genauen und ins Einzelne eingehenden Unterscheidung der verschiedenen Rechtsverletzungen, nur daß der vorwiegende Gesichtspunkt der ist, die Größe des Schadens und der zu gewährenden

Entschädigung, nicht aber die Größe der verbrecherischen Schuld und der ihr entsprechenden Strafe zu bestimmen. So wie dagegen im Laufe des Mittelalters sich mehr und mehr ein System öffentlicher Strafen entwikkelte, so machte sich ganz folgerecht das Bewußtsein geltend, daß alle nach der Anschauung der Zeit eigentlich verbrecherische Handlungen in dem Momente übereinkommen Friedensbruch zu sein, weshalb namentlich in dem Falle, daß nicht der allgemeine Rechtsfrieden, sondern ein besonderer gelobter Frieden gebrochen war, ohne jede Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit der Rechtsverletzung, stets dieselbige Strafe verhängt wurde. Im Uebrigen findet allerdings eine in der Verschiedenheit der Strafmittel sich kundgebende Unterscheidung der verbrecherischen Schuld statt, aber die Rohheit in der Auffassung derselben zeigt sich darin, daß im Wesentlichen nur der eine Unterschied der Todes= oder der verstümmelnden Strafen gemacht wird, während die weiteren Unterschiede in der Ausführung der Strafen theils sehr schwankend sind, theils gerade nicht das Maß der Rechtsverletzung, sondern andere sittliche Rücksichten zu ihrem Grunde haben[1]. Das kirchliche Strafrecht, dem es an sich am nächsten gelegen haben würde den sittlichen Gesichtspunkt vorwiegend zu betonen, und ohne Rücksicht auf das Maß der Rechtsverletzung jedes Verbrechen einseitig nur in seiner allgemeinen Bedeutung als Sünde und Auflehnung gegen den Willen Gottes zu betrachten, hat dennoch von jeher den qualitativen und quantitativen Unterschied desselben in seinen Bußen sehr genau beachtet, so wenig auch in den älteren Bußordnungen, die in dieser Beziehung augenscheinlich unter dem Einflusse des weltlichen Strafrechtes stehen, eine feste Norm und ein durchgebildetes System zu erkennen ist. Die Carolina, wie wenig auch die Barbarei ihrer Strafmittel geleugnet werden kann, hat sich dennoch das große Verdienst erworben, in ihren Strafbestimmungen von einer gerechteren Würdigung der Größe des Verbrechens rücksichtlich der Größe der Rechtsverletzung auszugehen, und demgemäß die verschiedenen Verbrechen in dieser Beziehung in ein festes, wohlgeordnetes Verhältniß zu einander zu stellen[2]. Daß ihr, um dieses Verhältniß in den Strafen auszudrücken, die Zeit und deren Gesittung keine anderen dazu geeignetere Strafmittel darbot, kann ihr am wenigsten zur Schuld angerechnet werden. Eben so wenig würde die Praxis und Doctrin, so wie die Partikular=Gesetzgebung des 17. und 18. Jahrhunderts zu tadeln sein, wenn sie wirklich nur von den Strafmitteln der Carolina abgewichen und nicht

---

1) Das Nähere hierüber oben Bd. I. §. 2. u. 4.
2) Vgl. Bd. I. S. 94 und 95.

zugleich auch so vielfach einer völligen Maßlosigkeit in dem Verhältniß der verschiedenen Verbrechen zu einander und deren Bestrafung verfallen wäre. Dieses Maß konnte freilich nur auf dem Wege der Gesetzgebung wieder hergestellt werden, und das besonders in dieser Beziehung als dringend erscheinende Bedürfniß war es, an das die Criminalpolitik des 18. Jahrhunderts in ihren Forderungen an die Gesetzgebung anknüpfte[3]). Daher das Streben der Gesetzgebung, das auch im preußischen A. L. R. sehr bestimmt sich kundgiebt, das Maß der verbrecherischen Schuld mit möglichster Beschränkung des richterlichen Ermessens, für alle denkbaren Fälle gesetzlich zu normiren, wobei sich unwillkürlich die Rücksicht auf die Größe der objectiven Rechtsverletzung als die bei weitem vorwiegende aufdrängte. Darum wurde nicht bloß, wie dies die Aufgabe der Gesetzgebung ist, der qualitative Unterschied des verletzten Rechtes zur Basis des qualitativen Unterschiedes des Verbrechens und der Strafbestimmung gemacht, sondern auch das qualitativ gleiche Verbrechen, wo sich irgend Gelegenheit bot, in quantitativer Beziehung weiter unterschieden, insbesondere auch noch vielfach die Versuchshandlung, die freilich der Vollendung gegenüber als ein Minus erscheint, mit besonderer Strafbestimmung bedacht. Wenn aber das Maß der verbrecherischen Schuld sich nicht bloß in Rücksicht auf die Größe der Rechtsverletzung, sondern eben so wesentlich in Rücksicht auf die Größe der sittlichen Schuld bestimmt, und wenn man der viel schwierigeren Aufgabe: den Einfluß dieses Momentes in allgemeiner, gesetzlicher Weise zu normiren, viel weniger zu genügen vermocht hatte, so war die Folge davon, daß auch das in feste, vorwiegend nach dem Maße der Rechtsverletzung bestimmte, Grenzen eingeengte richterliche Ermessen die eigenthümliche Gestaltung der sittlichen Schuld in dem concreten Falle nicht genügend zu berücksichtigen vermochte. Im Gegensatze hierzu ist das Streben der neusten Gesetzgebung, insbesondere auch des preußischen Strafgesetzbuches: allen, das Maß der Schuld bestimmenden, Momenten den entsprechenden Einfluß zu sichern, nicht zu verkennen, in wie weit dasselbe aber von Erfolg gewesen ist, wird sich weiterhin ergeben.

2. Die Rechtsverletzung rücksichtlich ihrer Gefährlichkeit.

§. 60. Ist das concrete durch das Verbrechen verletzte Recht nur das Mittel, um die der Ordnung und Herrschaft des Rech-

3) Vgl Bd. I. §. 19.

tes widerstrebende Willensbestimmung in die Erscheinung treten zu lassen, so steht eben darum das Verbrechen in einer nothwendigen Beziehung nicht bloß zum Rechte des Verletzten, sondern zu dem gleichen Rechte jeder andern Persönlichkeit und zum Rechtsfrieden der Gesellschaft überhaupt. Es erscheint das Verbrechen in dieser Beziehung als eine gefährliche Handlung, theils insofern der verbrecherische Wille des Thäters weitere Rechtsverletzungen besorgen läßt, theils insofern die verbrecherische That und die in ihr zur Geltung gelangte subjective Willkür im Bewußtsein und der Willensbestimmung Anderer die Autorität des Rechtes zu erschüttern droht. Die Größe dieser in der verbrecherischen That wirklich gewordenen Gefahr wird allerdings vorwiegend von der größern oder geringern inneren Festigkeit der gesellschaftlichen Ordnung und der Autorität des Rechtes und der Staatsgewalt abhängig sein, so daß, ohne Rücksicht auf seine besondere Beschaffenheit, jedes Verbrechen in einem an sich schwankenden Rechtszustande ein in hohem Grade gefährliches, dagegen bei fest begründeter rechtlicher Ordnung ein sehr wenig gefährliches sein wird. Gleichwohl ist das Maß dieser Gefahr nicht ohne Einfluß auf das Maß der verbrecherischen Schuld, denn wenn das criminelle Unrecht gerade in der über die Verletzung der concreten Berechtigung hinausreichenden Tendenz der verbrecherischen That sich verwirklicht, so ist nicht bloß diese Verletzung, sondern auch die unter den gegebenen Voraussetzungen größere oder geringere Gefährdung der gesammten Rechtsordnung eine gewollte, und dem Thäter zuzurechnende.

Im positiven Rechte wird sich die Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Verbrechens nicht bloß in der Art geltend machen, daß im Verlaufe der geschichtlichen Entwickelung, je nach der Eigenthümlichkeit der rechtlichen und staatlichen Zustände des Zeitalters, bald größeres bald geringeres Gewicht darauf gelegt werden wird die gefährdete Rechtsordnung zu schützen, indem die Strafe als abschreckendes und warnendes Beispiel für den Thäter wie für Andere benutzt wird, sondern auch in der Art, daß innerhalb derselbigen Strafgesetzgebung ein erhöhtes Maß der Strafe da eintritt, wo im concreten Falle, ausnahmsweise eine

besondere Gefährlichkeit des Verbrechens sich kundgeben sollte. Im preußischen Strafrechte hat die Gefährlichkeit des Verbrechens in dem angegebenen Sinne eine besondere Berücksichtigung gefunden in den exceptionellen Strafbestimmungen, welche unter Voraussetzung eines durch Krieg oder Aufruhr gefährdeten Rechtszustandes und eines in Folge dessen verhängten Belagerungszustandes in Wirksamkeit treten [1]. Hierzu kommen einzelne Bestimmungen des Strafgesetzbuches, bei welchen jene Rücksicht von bestimmendem Einflusse war, so wie es auch keinem Zweifel unterliegen kann, daß wo im concreten Falle das angegebene Moment der Gefährlichkeit sich in besonderer Weise geltend macht, dies selbst ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzes von bestimmendem Einflusse auf die Strafzumessung sein muß.

Anmerk. Es bedarf hier keiner nähern Beweisführung für die bekannte Thatsache, daß im positiven Rechte, namentlich auch in den Quellen des gemeinen Rechtes, je nach dem Standpunkte der rechtlichen und staatlichen Entwickelung des Zeitalters, der angegebene Gesichtspunkt der Gefährlichkeit des Verbrechens bald mehr bald weniger entschieden in der Tendenz durch das Strafgesetz und die Strafe abzuschrecken, hervortritt. Es kann in dieser Beziehung lediglich auf die treffliche Ausführung Abeggs verwiesen werden [2]. Wichtiger ist es auf die practische Bedeutung des Momentes der Gefährlichkeit aufmerksam zu machen. Daß überhaupt das Verbrechen seiner Natur nach, und ganz abgesehen von seiner besondern Beschaffenheit und den dadurch bedingten möglichen Folgen der That, eine gefährliche Handlung sei, wird man schwerlich leugnen, und eben so gewiß ist es, daß dieses Moment allein nicht hinreicht, um die Strafe zu rechtfertigen und die Basis einer Strafrechtstheorie abzugeben. Dennoch verdient es in Betreff der Strafzumessung seine volle Berücksichtigung. Es muß nun zwar der Umstand, auf welchen Hegel [3]) aufmerksam gemacht

1) Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851.

2) Abegg Die Strafrechtstheorien S. 74 flg. Trotz der abweichenden Meinung Köstlins, N. Revis. S. 681 flg., wird an der Absicht Abeggs festzuhalten sein, daß auch im positiven Rechte, mehr oder weniger bewußt und im Einzelnen durchgebildet, immer die Gerechtigkeit das leitende Princip der Strafbestimmungen gewesen sei, womit es sehr wohl vereinbar ist, wie Abegg dies selbst quellenmäßig durchführt, daß nicht selten die Rücksicht auf die Abschreckung im Einzelnen sehr entschieden sich geltend macht.

3) Philosophie des Rechts §. 218. Vgl. Abegg a. a. O. §. 14. Köstlin N. Revis. §. 181.

hat, daß nämlich die Größe dieser im Verbrechen liegenden Gefahr durch den Zustand der bürgerlichen Gesellschaft bedingt sei, als vollkommen richtig anerkannt werden, nur würde es unzulässig sein hieraus folgern zu wollen, daß eben deshalb solche Gefährlichkeit ein dem Verbrechen selbst fremdes und äußerliches für das Maß der Schuld gleichgiltiges Moment sei. Gewiß kann eine gar nicht vorhandene, nur etwa unter ganz anderen Voraussetzungen mögliche, Gefahr dem Verbrecher nicht zugerechnet werden, so weit sie aber vorhanden ist, kann sie der Verbrecher unmöglich von sich auf die Mangelhaftigkeit der gegebenen rechtlichen Zustände abwälzen wollen. Gegen die rechtliche Ordnung und Herrschaft des Rechtes selbst den Angriff zu richten, ist gerade das Wesentlichste am Verbrechen. Daß es niemals dazu gelangt das wirklich zu werden, was es seinem Wesen nach sein will, Bruch und völlige Tilgung des Rechtes, ist allerdings der Widerspruch den es in sich trägt; insoweit es sich aber in dieser Richtung verwirklicht hat, ist es auch dem Thäter zuzurechnen, der jedenfalls nicht weniger, wohl aber mehr als in dieser Beziehung wirklich geworden ist, gewollt hat. Man könnte darum in diesem Sinne auch das Verbrechen überhaupt einen Versuch nennen, der erst vollendet sein würde, wenn es wirklich gelänge die Willkür als das Geltende an die Stelle des Rechtes zu setzen, und dessen Wesen es ist nie zur Vollendung gelangen zu können. Eben deshalb bleibt das Verbrechen nothwendig dabei stehen die Rechtsordnung nur zu gefährden, und in welchem Maße ihm dies gelingt, das wird von der Festigkeit, mit welcher die Autorität des Rechtes im Bewußtsein der Gesellschaft begründet ist, und von der Macht abhangen, welche der Gerechtigkeit dem Gefahr drohenden Willen des Verbrechens gegenüber zu Gebote steht. Ob aber die Vollendung der beabsichtigten concreten Rechtsverletzung an der Gegenwirkung einer Naturmacht, ob die intendirte Tilgung des Rechtes an der ideellen Macht der rechtlichen und staatlichen Ordnung scheitert, so muß doch hier wie dort die versuchte Beschädigung und die versuchte Zerstörung der Rechtsordnung in dem Maße, in welchem sie sich verwirklicht hat, dem Verbrecher zur Schuld zugerechnet werden. Es ist deshalb nicht bloß eine Rücksicht der Zweckmäßigkeit, sondern auch der Gerechtigkeit, wenn dieselbigen Verbrechen mit verschiedener Strafe bedroht sind, je nachdem sie in dem gewöhnlichen Zustande staatlicher Ordnung oder in einem durch Krieg oder Aufruhr gefährdeten Friedenszustande begangen werden. Nach preußischem Strafrecht ist hierbei die Voraussetzung ein in der gesetzlichen Form erklärter Belagerungszustand, und auch unter solcher Voraussetzung sind es nur bestimmte als besonders gefährlich erscheinende Verbrechen, welche gesetzlich

mit einer erhöhten Strafe bedroht sind [4]). Außerdem finden aber auch in der angegebenen Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Verbrechens anderweitige Bestimmungen des Strafgesetzbuches ihre Rechtfertigung, nämlich diejenigen, durch welche Handlungen mit Strafe bedroht werden, die unmittelbar gegen die rechtliche Ordnung gerichtet sind, indem es unternommen wird im Bewußtsein des Volkes die Autorität des Rechtes zu brechen, oder eine Macht zu constituiren, welche die Macht des Rechtes und Staates mehr oder weniger in ihrer Wirksamkeit zu paralysiren geeignet ist [5]). Es unterscheiden sich solche Vergehen nicht bloß positivrechtlich durch die Strafe, sondern auch begrifflich von Polizeiübertretungen dadurch, daß bei letzteren die Gefahr einer möglichen Beschädigung der concreten Berechtigung, nicht die Gefährdung des Rechtsfriedens selbst der leitende Gesichtspunkt ist. Endlich aber wird, abgesehen von besonderen gesetzlichen Bestimmungen, die Rücksicht auf eine im gegebenen Falle etwa obwaltende besondere Gefährdung der rechtlichen Ordnung, so wie der augenscheinliche Mangel derselben, in den Fällen, in welchen das Gesetz in seiner Strafbestimmung sie voraussetzte, nothwendig auch für das richterliche Ermessen, soweit es sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen zu äußern vermag, ein bedeutsames Moment der Strafzumessung sein. Eine solche besondere Gefährdung der rechtlichen Ordnung macht sich namentlich in dem Falle geltend, daß etwa ein bestimmtes Verbrechen in dem Maße häufig vorkommen sollte, daß hieraus auf eine, in einer Gegend, einem Stande, einer Klasse des Volkes wirklich stattgehabte Erschütterung der Autorität des betreffenden Rechtsgrundsatzes geschlossen werden darf. In solchem Falle wird aus der angegebenen Rücksicht ein erhöhtes Strafmaß sich allerdings rechtfertigen, wenn auch nicht überall, wo ein Verbrechen öfter begangen wird, die Rücksicht durch strenge Strafen abzuschrecken sofort gerechtfertigt ist [6]). Ebenso ist hier einer in der gesammten neuern Strafgesetzgebung sich kundgebenden Norm zu gedenken, die im geeigneten Falle auch als Norm rücksichtlich der Strafzumessung zu betrachten ist, daß nämlich das in Form der Gewaltthätigkeit begangene Verbrechen gefährlicher und darum strafbarer erscheint, als das in der Form des betrügerischen listigen Verhaltens begangene. Es widerspricht dieser Grundsatz dem ältern einheimischen Strafrechte in gleicher Weise, wie die geordneten Staatszustände dem mittelalterlichen Fehde-

---

4) §. 8—9. des Gesetzes über den Belagerungszustand.
5) Z. B. §. 87. 88. 91 erster Absatz. 92 erster Absatz. §. 98—100.
6) Vgl. Carolina art. 131. Vgl. L. 16. §. 10. D. de poenis 48, 19. Klein im alt. A. VI. S. 92. Tittmann §. 130. Martin §. 55. Bauer §. 145.

wesen widersprechen. So lange der Staat der Privatperson einen polizeilichen Schutz gegen das Verbrechen fast gar nicht gewährt, so lange er sich im Wesentlichen darauf beschränkt über das begangene Verbrechen das Urtheil zu sprechen, während es dem Verletzten überlassen bleibt, den Verbrecher zur Bestrafung vor Gericht zu stellen und das gesprochene Urtheil zur Ausführung zu bringen, so lange muß freilich die heimliche Begehung des Verbrechens rücksichtlich der Möglichkeit sich gegen dasselbe zu schützen, so wie der seine Bestrafung zu bewirken als die gefährlichere erscheinen. So wie dagegen der Staat sich seiner Macht über das Verbrechen bewußt geworden ist, und sie in jeder Beziehung zu handhaben weiß, muß es nothwendig als das Gefährlichere erscheinen, wenn der Verbrecher dennoch es unternimmt, solcher Macht mit offener Gewaltthat entgegenzutreten, während er im Unterschiede von solcher offenen und frechen Mißachtung der rechtlichen Gewalt des Staates, diese, in der heimlich und listig begangenen That, selbst anerkennt, und sie fürchtend, ihr zu entgehen sucht.

§. 61. Das Verbrechen kommt ferner als eine gefährliche Handlung auch in der Beziehung in Betracht, daß die verbrecherische Thätigkeit nicht nur Ursache des eingetretenen rechtsverletzenden Erfolges ist, sondern auch die nähere oder entferntere Möglichkeit weitergreifender Beschädigungen in sich enthält. Das Maß dieser Gefährlichkeit wird besonders bedingt werden durch das Maß, in welchem der Thäter die Wirksamkeit der zur Vollbringung seiner That in Bewegung gesetzten natürlichen Mächte zu beherrschen vermag. Wenn der Handelnde sich dessen bewußt sein muß, daß der Erfolg der That nicht lediglich nur durch seinen Willen bedingt wird, so ist das Maß seiner Schuld ein um so größeres, je weniger im gegebenen Falle der Erfolg von seinem Willen abhängig und je dringender die Wahrscheinlichkeit war, daß die von ihm entfesselten Mächte der Natur in ihrer Wirksamkeit sich seiner Herrschaft entziehen würden. Wenn bei manchen Verbrechen das Moment der Gefährlichkeit in diesem Sinne so sehr das vorwiegende ist, daß es mehr als der rechtsverletzende Erfolg selbst den eigenthümlichen Character des Verbrechens bestimmt, wie dies das positive Recht von jeher und so auch das preußische Strafrecht bei den sogenannten gemeingefährlichen Verbrechen anerkannt hat, so ist es doch auch bei ande-

ren Verbrechen, so weit der besondere Fall dazu Veranlassung giebt, nothwendig von bestimmendem Einflusse auf das Strafmaß.

Anmerk. So gewiß es die sittliche Aufgabe des Menschen ist, seine Freiheit auch in der Beziehung zu bethätigen, daß er in jeder seiner Handlungen sich von dem Naturcausalismus zu befreien und des Erfolges Herr zu werden bestrebt, so wenig ist er, wie oben ausgeführt wurde, je berechtigt einen bestimmten beabsichtigten Erfolg als den schlechthin nothwendigen, jeden andern und weitern ausschließenden zu betrachten. So wie also die Versuchshandlung nicht bloß rücksichtlich des beschädigenden Erfolges, den sie etwa an sich bereits enthielt, sondern rücksichtlich ihrer ursächlichen Beziehung auf das beabsichtigte vollendete Verbrechen zugerechnet wird, ebenso kommt auch das vollendete Verbrechen in Betreff der Strafzumessung nicht nur rücksichtlich seines wirklichen, sondern auch möglichen Erfolges, oder seiner Gefährlichkeit in Betracht, und zwar folgerecht in der Weise, daß die Schuld und Strafe eine geringere ist als sie sein würde, wenn die weiteren möglichen Erfolge wirklich geworden wären, aber eine höhere als sie sein würde, wenn der gleiche wirkliche Erfolg im concreten Falle eine weitere Gefahr nicht in sich enthält. Es ist bekannt genug, daß die Gefährlichkeit des Verbrechens in diesem Sinne von jeher in der Gesetzgebung durch die Bestimmungen über die gemeingefährlichen Verbrechen eine ausgedehnte Berücksichtigung gefunden hat, und es ist darum ganz consequent, wenn das preußische Strafrecht bei jenen Verbrechen die weiteren Unterschiede der Strafe von der nähern Beschaffenheit der Gefahr, ob sie sich auf Leben und Gesundheit von Menschen, oder nur auf die fremde Vermögensberechtigung bezieht, abhängig macht [1]). Es kann hiernach aber um so weniger einem Zweifel unterliegen, daß die im concreten Falle wirklich obwaltende Gefahr und deren Maß nicht nur bei den gemeingefährlichen, sondern vorkommenden Falles auch bei allen anderen Verbrechen von bestimmendem Einflusse auf das Strafmaß sein muß.

3. Beschädigungen, denen der Character der criminellen Rechtsverletzung mangelt.

a. Beschädigung des Einwilligenden.

§. 62. Eine Handlung, obwohl sie sich in ihrem Erfolge als Beschädigung einer Person darstellt, ist kein Verbrechen, wo-

1) §. 285—308.

fern ihr der Character der Rechtsverletzung fehlt. In den dazu geeigneten Fällen hört deshalb die Beschädigung auf eine Rechtsverletzung zu sein, wofern der Beschädigte in die betreffende Handlung willigte. Solche Fälle sind alle Beschädigungen einer Vermögensberechtigung, wofern sie rein als solche in Betracht kommen und nicht ein weiteres Moment hinzutritt, vermöge dessen sie in anderer Beziehung als Rechtsverletzung erscheinen. Diejenigen Rechte dagegen, welche sich wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und auch die Vermögensberechtigung selbst, sofern sie in ihrer Allgemeinheit aufgefaßt wird, als Wesensbestimmtheit der Person darstellen, sind einer jeden rechtlichen Verfügung durch den Berechtigten selbst entzogen, und darum kann durch dessen Einwilligung eine rechtliche Dispositionsbefugniß über diese Güter nicht übertragen werden. Eine Entziehung der Vermögensberechtigung an sich ist als selbständige Handlung, wenn nicht zugleich die persönliche Freiheit mit entzogen und ein Sclavenverhältniß hergestellt wird, überhaupt nicht denkbar. Tödtung und Gesundheitsbeschädigung des Einwilligenden sind aus dem angegebenen Grunde strafbare Rechtsverletzungen. Ebenso verhält es sich mit jedem gegen die Freiheit gerichteten Zwange, wofern hier der freie Willensact der Einwilligung die Bedeutung haben soll: die Person für bestimmte oder unbestimmte Zeit unfrei dem Willen eines Andern zu unterwerfen. Wofern aber die Freiheitsbeschränkung einer Person für deren Herbeiführung eine andere Person mit thätig war, sowohl nach Art wie Dauer auf der fortwährenden Willensbestimmung der erstern beruht, so ist der eingetretene Erfolg eine Selbstbeschränkung, die mit dem Willen der letztern, trotz der helfenden Thätigkeit, in keinem Causalzusammenhange steht, und also auch nicht als Rechtsverletzung erscheinen kann. Die Ehre, obwohl die Person nicht das Recht haben kann in unsittlicher Weise über sie zu verfügen, ist gleichwohl ihrem Wesen nach eine sittliche Qualität, welche die Person nicht wie Leben und Gesundheit unmittelbar hat, sondern erwerben muß, und darum auch thatsächlich nur soweit besitzt als sie will. Die Einwilligung in eine Ehrenkränkung, obwohl sie kein Recht zur Vornahme solcher Kränkung auf eine andere

Person überträgt, ist deshalb gleichwohl eine Handlung, in Folge deren der Einwilligende das Maß der Ehre, das durch die betreffende Handlung gekränkt werden könnte, nicht mehr besitzt. Die Thatsache, daß das mögliche Object der Rechtsverletzung in solchem Falle fehlt, läßt darum allerdings eine solche scheinbare Ehrenkränkung nicht als rechtsverletzend und strafbar erscheinen. Aber auch in allen den Fällen, in welchen die dem Einwilligenden zugefügte Beschädigung als strafbare Rechtsverletzung erscheint, ist doch in Folge der Einwilligung das Maß der Rechtsverletzung ein geringes, das darum ein geringeres Strafmaß bedingt.

Anmerk. 1. Der Grundsatz volenti non fit iniuria wurde als eine allgemeine für das Strafrecht geltende Regel zuerst von den Glossatoren auf Veranlassung der L. 1. §. 5. D. de iniur. 47, 10. aufgestellt [1]). Aber schon bei ihnen wird die Anwendbarkeit dieser Regel dahin beschränkt, daß sie die Strafbarkeit der Handlung nicht aufzuheben vermöge, wenn diese vom Verletzten an sich selbst begangen, wie z. B. Verstümmelung, an ihm bestraft werden würde, quia nemo est dominus membrorum suorum. Diese Ansicht wird unverändert bei den älteren italienischen Criminalisten wiederholt [2]). Wenn nun zwar die Quellen des römischen Rechtes eine mannigfache Anwendung des Grundsatzes volenti non fit iniuria als entscheidende Norm für die Straflosigkeit einer dem Einwilligenden zugefügten Beschädigung zu erkennen geben, so lassen sie sich hierbei doch immer nur durch die Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des concreten Falles bestimmen, ohne irgend ein durchgreifendes Prinzip für die Grenzen der Anwendbarkeit dieser Regel zu entwickeln [3]). Wenn zwar das canonische Recht sich vom Standpunkte der Religion und Sittlichkeit aus sehr entschieden gegen die Selbstentäußerung der dem Menschen von Gott gegebenen Güter erklärte [4]), so konnte doch eine solche Anschauung auf das ältere deutsche Strafrecht, das schon vermöge seines Verfahrens überall eine invito laeso begangene Rechtsverletzung voraussetze, das bei jedem Ver-

---

1) Bartolus in l. cit. Baldus ibid.

2) Angel. Aret. Gloss. contra voluntatem dicti Titii.

3) Vgl. Rein Criminalrecht der Römer S. 133 flg. Luden Abhandl. II. 412 flg. Hepp im N. A. XI. S. 239 flg. Wächter Lehrb. I. §. 59. Abegg Untersuchungen S. 62—72. Köstlin System S. 105.

4) Caus. 23. qu. 5. c. 9—12.

brechen gegen die Person weit überwiegend alles Gewicht auf die Verletzung der subjectiven Berechtigung legte, und sogar das Preisgeben von Leben und Gesundheit im Zweikampfe zum Zwecke des Beweises forderte, nur sehr allmälig einen Einfluß gewinnen. Von einer principiellen Erörterung und Entscheidung der ganzen Frage ist darum so wenig bei den späteren italienischen Criminalisten wie bei den deutschen bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts die Rede. Man begnügt sich damit die rechtliche Bedeutung einer Einwilligung des Getödteten, gewöhnlich in Verbindung mit dem Selbstmorde, zu erörtern, oder gedenkt der Regel volenti non fit iniuria bei einigen anderen Fällen, bei welchen, wie bei Injurien und Castration, die Quellen hierzu besondere Veranlassung gaben. Insoweit die Einwilligung nicht ausreichend betrachtet wird, um die Strafbarkeit aufzuheben, sucht man den Grund dafür entweder in der mangelnden Berechtigung des Einwilligenden zur Veräußerung des fraglichen Gutes, oder *in* seiner vorausgesetzten Unzurechnungsfähigkeit [5]). Erst als seit Kant und namentlich durch Feuerbach die Rechtsphilosophie einen bedeutsamen Einfluß auf die Strafrechtswissenschaft gewann, wurde die Regel volenti etc. in ihrer principiellen Bedeutung erfaßt, und je nach dem besondern naturrechtlichen Standpunkte verschieden beantwortet. Die Consequenz der Kantischen individualistischen Richtung, nach welcher das Recht überhaupt nur in der subjectiven Willensbestimmung seinen Grund hat und jeder objectiven Geltung und Bedeutung entbehrt, war es nun eine jede Beschädigung des Einwilligenden, welcher Art sie sein mochte, als straflos zu betrachten, denn eine solche Handlung kann nicht als eine die Freiheit der Willkür des Andern verletzende und darum nicht als eine widerrechtliche betrachtet werden [6]). Darum schrieb Feuerbach der fraglichen Regel eine unbedingte Geltung in Betreff aller gegen die subjective Berechtigung der Privatperson gerichteten Handlungen zu, und ebenso die mit ihm auf gleichem naturrechtlichen Standpunkte Stehenden [7]). Höchstens sollte eine solche Handlung zwar nicht aus rechtlichen, wohl aber politi-

---

5) Iacob. de Bellovisu Pract. c. 3. n. 37. 39. 40. Clarus §. fin. qu. 68. Farinac. qu. 20. n. 153. Matthaeus Proleg. c. 3. n. 3. Leyser Medit. Spec. 596 med. 10. Kress Comment. ad C. art. 134. §. 4. n. 2. Böhmer Obs. ad Carp. qu. 27. obs. 2. Quistorp Grundsätze I. §. 25. Vgl. Köstlin System S. 107 flg.

6) Kant Methaph. Anfangsgründe der Rechtslehre Einleit. §. C.

7) Feuerbach Lehrb. 1. Ausg. §. 40. Anm. Globig System I. 3. N. 3. Soden Geist der peinl. Gesetzgeb. §. 260. Stübel Thatbestand §. 106. im N. A. IX. S. 555 flg. Tittmann I. 36. Wächter I. §. 59. Luden Abhandl. II. 411 flg.

schen Rücksichten als Polizeivergehen bestraft werden. Bemerkenswerth ist es, daß das preußische L. R. der herrschenden Ansicht der Zeit in dieser Beziehung nicht folgte, sondern die Tödtung des Einwilligenden mit schwerer Strafe, wenn auch nicht mit der des Mordes belegte [8]). In gleicher Weise kehrten auch schon Anhänger der Kantischen Richtung zu der Unterscheidung der italienischen Criminalisten zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten der Persönlichkeit zurück, indem sie nur in Betreff jener die Einwilligung als Grund der Ausschließung der Rechtsverletzung und Strafbarkeit ansahen [9]). Als nothwendige Consequenz konnte diese Unterscheidung sich aber erst darstellen, als man im Gegensatz zu der individualistischen Richtung des ältern Naturrechtes, Kants und Fichte's und der daraus folgenden abstracten Scheidung von Recht und Moral, dem Rechte eine von der subjectiven Willensbestimmung unabhängige Bedeutung zu vindiciren, und seine wahre Beziehung zur Moral herzustellen bemüht war [10]). Aber auch in solcher Weise gelang es nicht die Frage im Einzelnen genügend zu lösen, indem nunmehr die Anwendbarkeit der Regel volenti etc. wieder in zu enge Grenzen eingeschränkt wurde. Am wenigsten freilich kann eine Lösung darin gefunden werden, daß man die Anwendbarkeit jener Regel davon abhängig macht, ob das Moment invito laeso zum Thatbestande eines Verbrechens gehört oder nicht [11]), denn entweder beschränkt man sich hiermit darauf das positive Gesetz entscheiden zu lassen, oder es wird im andern Falle die Frage nur anders formulirt, so daß von Neuem gefragt werden muß: warum gehört das angegebene Moment zum Thatbestande dieses oder jenes Verbrechens? Endlich kann auch, wie sich sogleich ergeben wird, der neuste Versuch, den in sehr eigenthümlicher Weise Köstlin zur Lösung der Streitfrage gemacht hat [12]), weder in den Principien, von denen er ausgeht, noch in seinen Consequenzen als richtig und gelungen betrachtet werden.

Anmerk. 2. Der Grundsatz, von welchem in der vorliegenden Frage die Untersuchung ausgehen muß, ist der, daß das an sich Unsittliche nicht Inhalt der subjectiven Berechtigung der Person sein, und daß darum

---

8) II. 26. §. 834. Vgl. Klein Grundsätze §. 293., der die Einwilligung auch nur als Strafmilderungsgrund betrachtet, und nicht, wie Köstlin annimmt, als Grund der Straflosigkeit.

9) Grolman §. 26. 141. Martin §. 42. N. 9. Bauer §. 49. N. 2. Auch Feuerbach §. 35. hat sich später zu dieser Ansicht bekehrt.

10) Abegg Unters. S. 62 flg. Lehrb. §. 102. Jarke I. 108.

11) Hepp im N. A. XI. S. 65 flg. Luden Handb. I. S. 315 flg.

12) Neue Revis. S. 613 flg. System S. 99 u. 101—103.

eine derartige für die Person nicht bestehende Dispositionsbefugniß auch auf eine andere Person nicht mit rechtlicher Wirksamkeit übertragen werden kann. Freilich folgt hieraus durchaus noch nicht eine rechtliche Pflicht zur Unterlassung der unsittlichen Handlung, deren Uebertretung einen rechtlichen Nachtheil, wohl gar eine Strafe, nach sich ziehen müßte, aber es darf auch nicht umgekehrt aus dem Mangel eines rechtlichen Verbotes die Berechtigung zur Handlung gefolgert und damit das Recht selbst entsittlicht werden, indem es gezwungen werden soll alles Unsittliche, Irreligiöse das es, weil es seiner Sphäre überhaupt nicht angehört, nicht verbieten kann, als berechtigt anzuerkennen [13]). Es kann demnach der Person nicht das Recht zustehen über dasjenige, was eine Wesensbestimmtheit ihrer selbst ausmacht, frei zu verfügen, weil eine solche Disposition die an sich unsittliche That der Selbstentäußerung, des Aufgebens des eigenen Wesens sein würde. Eben so wenig kann die Person durch ihren Willen das Recht über diese Güter zu verfügen, das ihr selbst nicht zukommt, auf eine andere Person übertragen [14]). Ein solches als innerliche Qualität der Persönlichkeit selbst erscheinendes Gut ist die allgemeine Berechtigung zum Vermögensbesitz. Ihr kann der Mensch mit rechtlicher Wirksamkeit nie entsagen. Dagegen ist eine jede besondere anerkannte Vermögensberechtigung der Person in dem Maße nur ein Aeußerliches, daß umgekehrt es dem Wesen der freien Persönlichkeit widersprechen würde, wenn sie mit ihrem Willen an ein solches Recht gebunden sein sollte, und es nicht veräußern dürfte. Aus dem Wesen der Persönlichkeit ergiebt sich ihr Recht zur freien Verfügung über solche Rechte, und darum verliert die von einem Andern ausgehende Vermögensbeschädigung, wofern sie nicht mit einer sonstigen Rechtsverletzung concurrirt, den rechtsverletzenden verbrecherischen Character, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten stattfand. In Betreff des

---

13) Diese schon bei Puffendorf beginnende und bis zu Kant und Fichte fortschreitende Entsittlichung des Rechtes war die nothwendige Consequenz der falschen Auffassung des Verhältnisses von Recht und Moral. Auch bis in die neuste Zeit kann man sich von dem verkehrten Gedanken, daß alles rechtlich nicht Verbotene darum rechtlich und berechtigt sein müsse, nicht losmachen. Vgl. z. B. Luden Abhandl. II. S. 415 flg.

14) Darum ist das Bestreben Köstlins: zu untersuchen, welche zum Wesen der Persönlichkeit gehörende Rechte und Güter der Dispositionsbefugniß derselben unterworfen sind, welche nicht, von vornherein verkehrt, und er stellt sich damit, wenn er auch seine Ansicht ganz anders begründet, doch wieder auf den Standpunkt der Glossatoren. Wir acceptiren die Consequenz, die er von Abegg, der den leitenden Grundsatz im Allgemeinen ganz richtig ausgesprochen hat, fordert, und erkennen in Betreff keines der fraglichen Güter, also auch nicht der Ehre, ein Recht zur freien Disposition über sie an.

Lebens hat sich das Widersinnige einer Dispositionsbefugniß über dasselbe stets in dem Maße geltend gemacht, daß eben nur die theoretische Consequenz der Kantianer sich gegen diese Einsicht verschließen konnte, während im Uebrigen die Doctrin von jeher darin, wenn auch aus verschiedenen Gründen, übereinstimmte, daß die Tödtung des Einwilligenden strafbar sei. Daß aber nicht irgend ein Zweckmäßigkeitsgrund oder eine polizeiliche Rücksicht diese Strafbarkeit rechtfertigt, sondern nur der Umstand, daß die Einwilligung des Getödteten der Handlung den rechtsverletzenden, verbrecherischen Character nicht nehmen konnte, bedarf keiner Ausführung. In gleicher Weise verhält es sich mit der Gesundheit und am wenigsten wird hier eine Unterscheidung des Mehr oder Weniger, ob die Beschädigung lebensgefährlich oder unheilbar ist oder nicht, zum richtigen Ergebniß führen[15]). Einerseits bleibt auch die nicht lebensgefährlich und heilbare Gesundheitsbeschädigung eine Unsittlichkeit, so daß der Rechtsgrund für diese beschränkte Berechtigung über die Gesundheit zu verfügen nicht einzusehen ist, und andrerseits darf man sich nur der medicinischen Controverse über die tödtlichen und nicht tödtlichen Körperverletzungen erinnern, um einzusehen, wie schwer es werden möchte, jene Grenze der gefährlichen und ungefährlichen, der unheilbaren und heilbaren Beschädigungen zu ziehen. Der Grundsatz, daß eine jede Gesundheitsbeschädigung trotz der Einwilligung des Beschädigten eine Rechtsverletzung und darum strafbar ist, wird auch die Praxis schwerlich in Verlegenheit bringen, denn sie wird nicht anstehen eine Verwundung des Einwilligenden durch einen Nadelstich, oder die Bewirkung einer sonstigen momentanen, geringfügigen Abnormität in den organischen Funktionen straflos zu lassen, weil man solche Dinge eben nicht als wirkliche Gesundheitsbeschädigungen betrachten und darum auch bei mangelnder Einwilligung des Beschädigten schwerlich bestrafen wird. Wenn es ferner allerdings einen Fall giebt, in welchem durch die Einwilligung des Beschädigten jede, selbst die gefährlichste, Beschädigung und Verletzung straflos wird, so wird doch dadurch die angegebene Regel in ihrer allgemeinen Bedeutung nicht berührt, sondern nur bestätigt. Die Einwilligung kann den rechtsverletzenden Character der Gesundheitsbeschädigung nicht aufheben, weil sie unsittlich und darum unberechtigt ist, und gerade deshalb ist sie eine berechtigte, wofern sie nicht unsittlich, sondern sittlich gerechtfertigt und gefordert ist. Als eine solche erscheint sie, wenn der kunstgemäße Eingriff in die Integrität des Körpers durch den Arzt

---

15) Wie sie Köstlin a. a. O. zu machen versucht.

nothwendig wird, um das Leben und Dasein der Persönlichkeit selbst zu erhalten, und darum wird durch die in solchem Falle sittlich und rechtlich gerechtfertigte Einwilligung selbst die gefährlichste chirurgische Operation straflos, wenn sie nicht etwa aus anderer Rücksicht, als ärztlicher Kunstfehler, strafbar ist. Eigenthümlich verhält es sich nun allerdings mit der Freiheit und Ehre, obwohl auch in Betreff ihrer der Person ein Recht der freien Verfügung nicht, wie Köstlin will, zugestanden, und darum auch aus der Einwilligung des Berechtigten die Straflosigkeit einer der Freiheit und Ehre widersprechenden Handlung gefolgert werden kann. Einerseits sind Freiheit und Ehre nothwendige Wesensbestimmtheiten der Persönlichkeit, andrerseits aber sind es Güter, welche der Mensch nicht unmittelbar wie Leben und Gesundheit hat, sondern nothwendig selbst erwerben muß, so daß also der Mensch Freiheit und Ehre nur in dem Maße besitzt, als er sie erworben hat und haben will. Diese sittlichen Qualitäten in sich zu entwickeln ist die sittliche Pflicht des Menschen; sie in irgend einer Beziehung zu derelinquiren ist unsittlich und darum stets unberechtigt. Namentlich also kann in Betreff der Freiheit nicht zugegeben werden, daß sie gleich dem Eigenthum, zwar in ihrer Allgemeinheit unveräußerlich, doch in quantitativer Beschränkung mit rechtlicher Wirkung veräußert werden könne. Richtig ist es, daß über die Substanz der Freiheit nicht so verfügt werden kann, daß dadurch ein berechtigtes, für bestimmte oder unbestimmte Zeit fortdauerndes Sclavenverhältniß begründet würde. Aber es kann eben so wenig in irgend einer beschränkten Beziehung über die Freiheit verfügt werden. Nur das Ergebniß einer freien Willensthätigkeit, nicht der freie Wille selbst kann Object einer rechtlichen Verfügung sein. Wer ein Mandat übernimmt, einen Dienstmiethvertrag eingeht, verfügt auch nicht in der beschränktesten Beziehung über seine Freiheit, und wenn er diese im Bruche des Vertrages bethätigt, so findet darum auch nicht gegen seine Freiheit, sondern nur gegen sein Vermögen ein rechtlicher Zwang statt, um dem andern Contrahenten den ihm widerrechtlich entzogenen Vermögensvortheil zu gewähren, der allein Object des Vertrages war. Wenn also Jemand seine Freiheit dazu gebraucht sich vom Willen eines Andern für einen Zweck bestimmen zu lassen, so handelt er nichts desto weniger frei trotz des Umstandes, daß der fremde Wille Bestimmungsgrund des seinigen war, und sich also eine zufällige Willenseinheit gebildet hatte. Es kann ein solches Verhalten sich als ein unsittlicher Mißbrauch der Freiheit, als ein Derelinquiren der wahren sittlichen Selbstbestimmung darstellen, das darum auch unberechtigt ist. Insoweit aber dieses Verhalten ein freiwilliges, auch nicht in einem Momente erzwungenes, ist, so liegt

zwischen dem eingetretenen Erfolge, z. B. dem freiwilligen Aufenthalte in einem von einer andern Person verschlossenen Zimmer, und der Handlung des Verschließens, der freie Entschluß des Eingeschlossenen mitten inne, d. h. es fehlt der Causalzusammenhang der Handlung und dieses Erfolges, und es kann darum natürlich ein solches Benehmen nicht als rechtswidrige Freiheitsberaubung strafbar sein. Es muß also zugegeben werden, daß in Folge der Einwilligung, und so lange diese Willensbestimmung fortdauert, die gegen die Freiheit der Person gerichtete Handlung aufhört eine rechtsverletzende, strafbare zu sein, nicht aber weil die Person in beschränkter Beziehung ein Recht hätte über ihre Freiheit zu verfügen, sondern weil die fragliche Freiheitsbeschränkung eine Selbstbeschränkung ist, die nur in dem eigenen Willen des Beschränkten, nicht in dem der andern Person ihren Grund hat, sondern nur zufällig mit diesem übereinstimmt. In dem Momente dagegen, wo an die Stelle äußerlicher Einheit ein inneres Causalverhältniß des Willens der einen und der Freiheitsbeschränkung der andern Person tritt, ist ein rechtsverletzender Zwang eingetreten. In Betreff der Ehre muß zugegeben werden, daß sie zwar ihrer Substanz und Allgemeinheit nach durchaus unveräußerlich ist, daß aber die Einwilligung in eine der Ehre widersprechende Handlung, dieser gleichwohl den Character der Widerrechtlichkeit und Strafbarkeit entzieht. Der Grund davon liegt aber auch hier nicht in dem supponirten Rechte der Person über ihre Ehre zu verfügen. Muß nämlich die Ehre, die nur in der äußern Anerkennung der innern sittlichen Bedeutung der Persönlichkeit ihr Dasein hat, nothwendig e r w o r b e n werden, so ist die Einwilligung in eine Handlung, die an sich geeignet erscheint die Ehre zu verletzen, der genügende Beweis dafür, daß die sittliche Qualität, welche Object der Rechtsverletzung bei jener Handlung sein könnte, in dem Einwilligenden nicht vorhanden ist, daß es also überhaupt am Object der Rechtsverletzung fehlt. Die Thatsache dieses Fehlens ist also freilich nicht zu leugnen, wenn auch die Einwilligung selbst an sich unsittlich und unberechtigt ist, und darum hat die Straflosigkeit einer am Einwilligenden begangenen Ehrenkränkung, die in Wahrheit keine ist, in jener Thatsache, nicht aber in der Berechtigung der Person über ihre Ehre zu disponiren und in einer unmöglichen Rechtsübertragung auf den Injuriirenden, ihren Grund.

In allen den Fällen, in welchen die Einwilligung des Beschädigten der Handlung die Bedeutung einer Rechtsverletzung nicht nehmen kann, wird dennoch durch jene Einwilligung das Maß der Schuld und darum der Strafbarkeit verringert. Ist dieses Maß bedingt durch das Maß, in welchem das Recht verletzt worden ist, so kommt hier nothwendig in Be-

tracht, daß wenn zwar, trotz der Einwilligung wie ohne sie, die Substanz des Willens, das berechtigte Wesen der Persönlichkeit verletzt ist, doch in Folge der Einwilligung der actuelle Wille des Verletzten, mag er auch in solchem Falle als unsittlicher Act der Willkür erscheinen, nicht verletzt ist, und ferner, daß auch der Widerspruch der subjectiven Willkür des Handelnden gegen die rechtliche Ordnung hier eine geringere ist, als beim Mangel der Einwilligung. Liegt gerade in diesem Widerspruche das Wesentlichste am Verbrechen, so ist nothwendig zu beachten, in welchem Maße der Handelnde seiner Willkür eine Geltung im Gegensatze zur rechtlichen Ordnung beilegte, und daß er dies bei Verletzung des Einwilligenden in geringerm Maße thut, als im andern Falle, ist evident. Dieses Maß kann selbst wieder ein verschiedenes sein, wobei es namentlich darauf ankommen wird, ob die Einwilligung des Verletzten Bestimmungsgrund des Handelnden war, oder ob dieser sich selbständig für die That bestimmte und die Einwilligung des Verletzten nur äußerlich hinzukam 16).

Wenn das preußische Strafrecht durchaus keinen gesetzlichen Anhalt gewährt, nach welchem die strafrechtliche Bedeutung des Grundsatzes volenti non fit iniuria beurtheilt werden könnte, so wird also der Richter in dieser Beziehung sich lediglich an die Wissenschaft zu halten haben, um darüber zu entscheiden, in welchen Fällen jener Grundsatz Anwendung finden könne, in welchen nicht. Daß man bei der Redaction des Strafgesetzbuches ihm nicht etwa durch Stillschweigen eine unbeschränkte Geltung beilegen wollte, ergeben die früheren Entwürfe und die Verhandlungen des Staatsrathes über den Fall der Tödtung des Einwilligenden. Ebenso erkannte man hierbei den an sich wissenschaftlich gerechtfertigten Grundsatz an, daß, wo die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit nicht ausschließt, diese doch als eine verminderte erscheint 17). So weit also das relativ bestimmte Strafmaß oder die im gegebenen Falle gesetzlich zulässige Annahme von Milderungsgründen es möglich macht, wird jene geringere Strafbarkeit zu beachten sein, und nur bei absolut bestimmter Strafe würde allein der Weg der Gnade übrig bleiben.

---

16) Daß die Einwilligung des Verletzten, wo sie die Strafbarkeit nicht aufheben kann, doch vermindert, ist in der Doctrin, wenn auch aus verschiedenen Gründen, ziemlich allseitig anerkannt. Siehe dagegen Abegg im Archiv 1848 S. 434 flg. Unbegreiflich freilich ist es, die geringere Strafbarkeit auf die in solchem Falle angeblich culpose Begehung der That gründen zu wollen. Vgl. Roßhirt Entwickelung S. 346 flg. Morstadt z. Feuerb. §. 35.

17) Goltdammer Material. II. S. 363 flg.

b. Die Selbstbeschädigung.

§. 63. Eine Beschädigung, welche sich der Beschädigte selbst zufügt, ist niemals eine Rechtsverletzung und kann darum auch an sich nie strafbar sein. Insofern es sich um eine an sich veräußerliche Berechtigung handelt, so liegt es in ihrem Wesen, daß der Berechtigte befugt sei sie eben so wohl für seine vernünftigen und sittlichen Zwecke zu gebrauchen, wie im Widerspruch zu diesen zu mißbrauchen. Aber auch eine Beschädigung der als unveräußerliche Wesensbestimmtheiten der Person erscheinenden Rechte ist, vom Beschädigten selbst verübt, nie eine strafbare Rechtsverletzung, weil eine solche an sich unsittliche Handlung überhaupt nicht in die eigenthümliche Sphäre des Rechtes, das sociale Leben der Menschen, bestimmend eingreift. Der Mensch steht zu sich selbst nie in einem rechtlichen, sondern lediglich sittlichen Verhältniß, und deshalb ist eine derartige Selbstbeschädigung, weil unsittlich, zwar nicht berechtigt, aber auch nicht verboten, sondern rechtlich indifferent. Das preußische Strafrecht kennt, dem entsprechend, keine Bestrafung derartiger Beschädigungen, insoweit nicht, wie bei der Selbstverstümmelung des Militairpflichtigen um sich dem Militairdienste zu entziehen, die betreffende Handlung nach einer andern Seite hin rechtsverletzend wirkt.

Anmerk. Auch die Beantwortung der Frage, ob und in wie weit die Selbstbeschädigung, namentlich also der Selbstmord strafbar sei, hat in der Gesetzgebung und Wissenschaft mannigfache Wandelungen erfahren. In Betreff des römischen Rechtes ist es gegenwärtig, und im Gegensatze zu den Meinungsverschiedenheiten der frühern Zeit [1]), allseitig anerkannt, daß es den Selbstmord nie als strafbar angesehen hat [2]). Erst aus der Zeit Hadrians rührt die Bestimmung her, daß durch den Selbstmord eines Angeklagten dem Staate das vom Selbstmörder verwirkte Vermögen

---

1) Abgesehen von den das Quellenmaterial sehr ungenügend berücksichtigenden älteren Criminalisten, sind für die Strafbarkeit des Selbstmordes nach römischem Rechte besonders Winkler De mort. volunt. prohibit. ac poenis. Lips. 1775. G. G. Hermann De autochir. et philos. et ex leg. rom. Lips. 1819.

2) Vgl. besonders Wächter Revision der Lehre vom Selbstmorde im N. A. X. Rein Crim. R. der Röm. S. 883 flg. Heffter Lehrb. S. 279.

nicht entzogen und der Selbstmord, wofern nicht ein anderweitiges, erweisliches Motiv vorlag, als Bekenntniß der die Vermögensconfiscation nach sich ziehenden Schuld betrachtet werden solle [3]). Daß innerhalb der Kirche der Selbstmord von jeher durchaus verpönt wurde, war eine unabweisbare Folge des religiösen und sittlichen Standpunktes des Christenthums [4]). Diese kirchliche Ansicht von der sittlichen Verwerflichkeit des Selbstmordes war aber der Anlaß, daß er schon sehr früh, und längst vor der Carolina auch als strafbar betrachtet wurde. Als strafbar betrachten ihn schon die Glossatoren und die meisten der ihnen folgenden italienischen Criminalisten [5]), und, unabhängig von ihnen, hatte sich auch in Deutschland die Sitte gebildet ihn durch entehrendes Begräbniß oder wohl auch durch Vermögensconfiscation zu bestrafen [6]). Der richterliche Klagspiegel war es, der schon vor der Carolina die Verwerflichkeit einer unterschiedslosen Bestrafung des Selbstmordes durch Vermögensconfiscation hervorhebt, und in dieser Beziehung ganz richtig die Grundsätze des römischen Rechtes angiebt [7]). Ihm folgt die Carolina in Art. 135, indem sie Art. 160 der Bambg. noch darin verbessert, daß sie nicht überall wo der Leib, sondern nur wo Leib und Gut durch den Selbstmörder verwirkt war, die Vermögensconfiscation eintreten läßt. Wenn aber die Carolina zwar einer selbständigen Strafe des Selbstmordes nirgends gedenkt, so wird sich doch aus dem Umstande, daß sie einen mit den gemeinrechtlichen Quellen im Widerspruch stehenden Mißbrauch aufheben wollte, nicht schließen lassen, daß sie im Gegensatze zur herrschenden Ansicht der Zeit den Selbstmord und den Versuch desselben überhaupt für straflos habe erklären wollen, was nur dann anzunehmen wäre, wenn sich auch in dieser Beziehung eine durchaus nicht zu vermuthende richtige Kenntniß der Grundsätze des römischen Rechtes kund gäbe. Daher hielten Wissenschaft und Praxis auch seit der Carolina an der Strafbarkeit des Selbstmordes als einer gemeinrechtlich begründeten durchaus fest [8]), und selbst manche

---

3) L. 3. §. 5. D. de bon. eor. 48, 29. L. 3. §. 1. u. 48. D. eod.

4) Caus. 23. qu. 5. can. 9. 10. 12.

5) Baldus in L. 2. C. qui tut. facere poss. 6, 22. und in L. 3. D. de bon. eor. 48, 21. Decian. IX. 1. 4. J. de Belovisu III. 18. Jul. Clarus §. fin. qu. 68. n. 37. Farinac. qu. 128.

6) Wie dies schon die Glosse zum Sachsensp. II. 31. bezeugt.

7) §. Von den die in selbs den tod thun.

8) Für die ältere Zeit vgl. Perneder Hals-G.O. VI. 7. Am vollständigsten zeigen die Ansichten des 17. Jahrhunderts Carpzow qu. 2. n. 25 sq. Böhmer ad art. 135. C. C. §. 3.

Landesgesetze sprachen sie wiederholt aus [9]. Erst im 18. Jahrhundert begann man die Grundsätze der Praxis möglichst zu umgehen, indem man die juristische Vermuthung aufstellte, daß der Selbstmörder unzurechnungsfähig gewesen sei, und die Bestrafung vom Beweise der Zurechnungsfähigkeit abhängig machte [10]), bis dann endlich das preußische A. L. R. zuerst eine jede eigentliche Bestrafung des Selbstmordes aufhob, und nur, um der öffentlichen Meinung keinen Anstoß zu geben, jede besondere ehrende Auszeichnung des Selbstmörders ausschloß. Nachdem die Frage nach der Strafbarkeit des Selbstmordes in der neuern Zeit in den Kreis der rechtsphilosophischen Erörterungen gezogen war, kam man von verschiedenen Standpunkten aus in der Anerkennung des Grundsatzes überein, daß der Selbstmord, wie die Selbstverstümmelung an sich nicht als eine strafbare Rechtsverletzung betrachtet werden könne [11]), obwohl man doch mehrfach aus polizeilichen, sittlichen, religiösen Rücksichten es für nöthig erachtete auch auf dem Wege der Gesetzgebung dem Selbstmorde entgegenzuwirken [12]).

c. Die Nothwehr.

§. 64. Straflos ist die zur Abwehr eines widerrechtlichen Angriffes dem Angreifer zugefügte Beschädigung darum, weil und insoweit sie lediglich als Folge der Ausübung eines Rechtes erscheint, wonach also der Handlung selbst der Character der Rechtsverletzung durchaus mangelt.

Anmerk. Das Recht der Nothwehr [1]) setzt wesentlich einen poli=

---

9) Vgl. Wächter a. a. O. S. 646 flg.

10) Engau Element. §. 420. Kress ad 135. C. C. §. 4. Böhmer ad Carpz. qu. 2. obs. 3. Winkler Comm. de mortis volunt. prohibit. ac poenis. Lips. 1775. Quistorp Grundsätze §. 360.

11) Grolman §. 283. Stübel im N. A. IX. S. 565. Martin §. 42. Wächter a. a. O. S. 653. Lehrb. I. 104. Henke I. 38. Hegel Naturrecht. Abegg Unters. S. 73. Lehrb. §. 103. Köstlin System I. S. 104.

12) Feuerbach §. 241. Trummer Krim. Beitr. III. 1. S. 252 flg. Stübel a. a. O. S. 592. Hepp Versuche über Lehren d. Strafr. N. 7.

1) Grattenauer Ueber die Nothwehr. Breslau 1806. Grävell im N. A. III. 279 flg. Kleinschrod eb. S. 383 flg. Sander eb. 1841 S. 68 flg. Zachariä eb. S. 422 flg. Zöpfl eb. 1842 S. 118 flg. 311 flg. 1843 S. 27 flg. Abegg Unters. S. 107 flg. 180 flg. 279 flg. 340 flg. Luden Abhandl. II. 475 flg. Berner im Arch. 1848 S. 547 flg. Köstlin N. Rev. S. 715. System §. 28. Levita Das Recht der Nothwehr. 1856.

tischen Zustand voraus, vermöge dessen sich eine die Racheübung des Verletzten beschränkende und ausschließende öffentliche Strafgewalt entwickelt hat, welche im Unterschiede von unberechtigter Rache die Nothwehr als ein wesentliches Recht der Persönlichkeit anerkennt. Wenn schon der älteste uns bekannte Rechtszustand der germanischen Völker dieser Voraussetzung nicht ermangelt, so wird um so mehr vermuthet werden müssen, daß schon jener Zeit das Recht der Nothwehr genügend bekannt gewesen sei, als ihr eine gleichsam allgegenwärtige und darum jede Art der Selbsthilfe möglichst vernichtende Straf- und Staatsgewalt durchaus fern lag. In Wahrheit ist das Recht der Nothwehr dem ältesten germanischen Rechte vollkommen bekannt, nur daß sie als ein eigenthümliches und selbständiges Recht sich darum noch nicht darzustellen vermag [2]), weil das weit über die Grenzen der Nothwehr hinausgehende Maß berechtigter Selbsthilfe diese in sich einschließt. Wenn wir den ältesten Zustand des germanischen Strafrechtes übergehen, so finden wir zwar bei den Volksstämmen des fränkischen Reiches die Selbsthilfe bereits in hohem Grade beschränkt, aber immer noch ausgedehnt genug, um die eigenthümliche Bedeutung des Rechtes der Nothwehr zu verdunkeln. Abgesehen von den Fällen, in welchen die Selbsthilfe recht eigentlich als berechtigte Racheübung erscheint [3]), verbirgt sich das Recht der Nothwehr namentlich hinter dem weitergehenden Rechte des Angegriffenen sich des Friedebrechers zum Zwecke der Rechtsverfolgung zu bemächtigen und im Falle des Widerstandes zu tödten [4]). Dagegen tritt das Recht der Nothwehr als solches hervor in denjenigen Volksrechten, welche unter dem Einflusse des römischen Rechtes oder einer weiter entwickelten und darum die Selbsthilfe mehr und mehr beschränkenden königlichen Gewalt aufgezeichnet wurden [5]). Nicht weniger ist dies in den Capitularien der Fall [6]), in denen sich bereits der Fortschritt in der rechtlichen Auffassung der Nothwehr kenntlich macht. Die spätere Reichsgesetzgebung, wenn auch ihre strafrechtlichen Satzungen im vollen Widerspruche zu den herr-

---

2) Das Nähere über Rache und Selbsthilfe im germ. Strafrechte oben Bd. I. §. 2. u. 4.

3) Lex Baiuv. tit. VII. c. 1. 2. tit. VIII. c. V. Decret. Tassil. de pop. legg. III. Lex Frision. tit. V. Lex Burg. tit. XXVII. 9. Addit. I. tit. XVI. 2. tit. LXVIII. Lex Angl. et Werin. II. 5. (Merkel). Lex Saxon. XXXII. (Merkel).

4) Lex Ribuar. tit. LXXVII. Edict. Rothar. c. 32. Decret. Tassil. de pop. legg. IV.

5) Lex Wisig. L. VI. tit. IV. c. 6. tit. V. c. 19. L. VII. tit. II. c. 15. 16. L. Alamann. Lantfridana XCVIII. Edict. Liutprand. c. 20. 62.

6) Hludow. Capit. Aquisg. a. 817. Cap. legg. add. c. 1. Hludow. et Hlothar. cap. Wormat. 829. cap. pro leg. hab. c. 1.

schenden Zuständen der Zeit standen, mußte das Recht der Nothwehr um so bestimmter anerkennen, als sie bemüht war, alle berechtigte Selbsthilfe möglichst auf den Fall der Nothwehr zu beschränken [7]). Ein bedeutsamer Unterschied tritt in den übrigen Rechtsquellen des Mittelalters hervor. Wenn zwar im Allgemeinen das Recht der Nothwehr überall seine volle Anerkennung findet, so begegnen wir doch in den Städten, die in ihrem Innern zuerst einen gesicherten Rechtsfrieden und eine geordnete Strafrechtspflege hergestellt hatten, bereits nicht selten dem Streben die Nothwehr über das rechte Maß hinaus durch polizeiliche Fürsorge zu beschränken [8]). Umgekehrt versetzt uns der Sachsenspiegel rücksichtlich des Maßes berechtigter Selbsthilfe in eine selbst vor den Volksrechten liegende Zeit zurück, wenn er dem Angegriffenen das Recht zugesteht jeden Friedebrecher sofort, und zwar ausdrücklich ohne Rücksicht auf den Fall der Nothwehr, zu verwunden oder zu tödten [9]). Daneben findet freilich auch das beschränktere Recht der Nothwehr seine ausdrückliche und volle Anerkennung [10]). Daß jene Grundsätze des Sachsenspiegels ein letzter nicht mehr zu haltender Ueberrest früherer Zustände waren, zeigt freilich schon die Auffassung der Nothwehr im Schwabenspiegel, der von der Anerkennung eines so ausgedehnten Rechtes der Selbsthilfe so weit entfernt ist, daß er vielmehr selbst die Nothwehr näher zu umgrenzen sucht, um sie von jeder Art unberechtigter Selbsthilfe zu unterscheiden [11]). Von einer juristischen Auffassung und doctrinären Bestimmung der rechtlichen Voraussetzungen der Nothwehr sind natürlich die mittelalterlichen Rechtsquellen, ihrem eigenthümlichen Standpunkte entsprechend, weit entfernt, wenn auch darüber kein Zweifel obwalten kann, daß sie die Nothwehr als ein jedem Menschen gegen widerrechtliche Angriffe zustehendes Recht der Vertheidigung betrachten, das zum Schutze der eigenen Persönlichkeit, des Gutes, wie fremder Personen geübt werden darf, und darum die daraus hervorgehende Verletzung des Angreifers, bestehe sie in einer Verwundung oder Tödtung, straflos erscheinen läßt [12]). Es versteht sich von selbst, daß, soweit einzelne Momente

---

7) Frid. I. const. de pace tenenda a. 1156. Frid. II. const. pacis a. 1235. §. 5. Rudolfi I. const. pacis a. 1281. §. 2. a. 1287. §. 7.

8) Vgl. die bei Levita a. a. O. S. 102 flg. gesammelten Bestimmungen der mittelalt. Stadtrechte.

9) Sächs. L. R. II. 69. Vgl. oben Bd. I. S. 25.

10) Sächs. L. R. II. 14. III. 78. §. 5. 6. III. 84. §. 3.

11) Schwabensp. Art. 79. 233. 314 (Laßb.).

12) Vgl. die nähere Ausführung bei Levita a. a. O. S. 84 flg. Auf eine Widerlegung der entgegenstehenden Ansicht Zöpfls, Archiv a. a. O., braucht jetzt nach der trefflichen Darstellung Levita's a. a. O. nicht eingegangen zu werden.

besonders hervorgehoben werden, um die rechtliche Natur der Nothwehr näher zu bestimmen [13]), diese, vermöge ihrer zu concreten Auffassung, der prinzipiellen Bedeutung der Nothwehr nicht vollkommen entsprechen. Aber nur wer den Standpunkt jener Rechtsquellen gänzlich verkennt, wird es versuchen wollen, aus solchen Unvollkommenheiten der juristischen Auffassung im Einzelnen, einen Schluß rückwärts auf eine vermeintlich besondere und eigenthümliche Bedeutung der ganzen Rechtsinstitution zu machen. Von einer nationalen Eigenthümlichkeit in der Auffassung der Nothwehr ist also im ältern deutschen Strafrechte durchaus nicht die Rede, vielmehr stimmt sie im Wesentlichen mit der des römischen Rechtes vollkommen überein. Auch die römischen Juristen betrachten das Recht der Nothwehr als ein so sehr in der Natur der Sache liegendes, welches nicht erst durch das ius civile gebildet, sondern unmittelbar durch die naturalis ratio gegeben sei, daß sie nur in verhältnißmäßig beschränkter Weise auf eine doctrinäre Erörterung desselben eingehen. Insoweit dies der Fall ist, macht sich natürlich in der juristisch scharfen und richtigen Erfassung dieses Rechtes der bedeutsame Unterschied von den älteren deutschen Rechtsquellen geltend [14]). Ein Einfluß des römischen Rechtes auf diese ist in der Lehre von der Nothwehr nicht nachweisbar [15]). Ein solcher Einfluß tritt hier vielmehr erst ganz entschieden unmittelbar vor der Bambergensis hervor und zwar in der Wormser Reformation und im Richterlichen Klagspiegel [16]). Die erstere schöpft augenscheinlich unmittelbar aus den Quellen, und was der Klagspiegel an weiteren Ausführungen mittheilt, ist fast durchweg eine wörtliche Uebersetzung der Glosse zu den betreffenden Quellenstellen.

Die Behandlung der Nothwehr in der Bambergensis und Carolina stimmt insoweit mit dem ältern deutschen Rechte vollkommen überein, als sich in der Auffassung derselben als eines Jedem zustehenden Rechtes der Selbstvertheidigung in keiner Beziehung irgend ein wesentlicher Unterschied ergiebt. Insoweit aber weicht sie vom älteren einheimischen Rechte ab, als uns hier eine doctrinäre Ausführung der einzelnen im Wesen der Nothwehr

---

13) Z. B. Schwabensp. Art. 79 (Laßb.). Rechtsbuch Ruprechts von Freising c. 7 (Maurer). Bamberg. Stadtr. §. 158.

14) Gegen die Ansichten Reins S. 141 flg. und Ludens Abhandlungen S. 489 flg. vgl. Levita a. a. O. S. 36 flg.

15) Wenn Einzelheiten vorkommen, die den römischen Rechtsquellen entnommen sein könnten, wie man z. B. etwa bei Ruprecht v. Freising Landrechtsbuch c. 7 (Maurer) eine Bekanntschaft mit L. 45. §. 5. D. IX. 2. vermuthen möchte, so liegen sie doch so sehr in der Natur der Sache, daß sie eben so gut von diesen ganz unabhängig sein können.

16) W. Reform. VI. 7. 19. Richt. Klagspiegel §. Von gemeiner und sunderlichen gewalt.

liegenden Momente entgegentritt, die ganz in der bekannten Art Schwarzenbergs, theils in der Form allgemeiner Rechtsregeln entwickelt, theils in Rücksicht auf die verschiedenartige concrete Gestaltung der einzelnen Fälle, erläutert werden. Diese besondere Gestaltung der Lehre von der Nothwehr verweist uns auf das römische Recht, und zwar ist sie augenscheinlich nicht unmittelbar den Quellen oder den dürftigen Ausführungen der Glossatoren, aus denen die Wormser Reformation und der Klagspiegel schöpften, entnommen, sondern den italienischen Criminalisten. Wie überall so hatte sich bei ihnen auch hier, anknüpfend an die Glossatoren, diese Lehre allmälig immer vollständiger gestaltet, indem jeder Spätere das überkommene Material im Einzelnen bereicherte. Nach den lückenhaften Ausführungen bei Albertus de Gandino[17]) und Jacobus de Bellovisu[18]) giebt Angelus Aretinus[19]) zuerst eine umfassende Darstellung der ganzen Lehre, welche auch bei den späteren Criminalisten[20]) die Grundlage blieb, und ohne Zweifel die Quelle ist, aus denen Schwarzenberg alle seine einzelnen Bestimmungen schöpfte[21]). Wenn die Bestimmungen der Carolina in allen Punkten dem begrifflichen Wesen der Nothwehr entsprechen, so ist es doch als bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit hervorzuheben, daß sie die Nothwehr in Verbindung mit anderen Fällen strafloser Tödtung behandelt, und auch nur der in Nothwehr begangenen Tödtung, nicht anderer geringerer Rechtsverletzungen gedenkt. Die Verbindung der Nothwehr mit anderen Fällen strafloser Tödtung würde in Rücksicht auf den eigenthümlichen Character der Bambg. und Carol. gar nicht auffallen können, wenn nicht zugleich ausschließlich die Tödtung als Erfolg der Nothwehr dargestellt würde. Auch zur Erklärung dieses Umstandes genügt an sich das bekannte Verfahren Schwarzenbergs den allgemeinen Grundsatz in eine concrete Form zu fassen, ohne ihn dadurch in in begriffswidriger Weise beschränken zu wollen, wie denn z. B. die an concreten Beispielen erörterten Grundsätze des Art. 146 von jeher nicht bloß auf die Tödtung, sondern auf die Begehung des Verbrechens überhaupt bezogen worden sind. Dazu kommt, daß wenn schon

---

17) Rubr. De defensionibus a reo faciendis. Vgl. Rubr. De homicidiariis et eorum poenis.

18) Lib. I. cap. XI.

19) Gloss. et dicitus Titius se defendendo.

20) Hippol de Marsiliis Averolda §. quoniam. Jul. Clarus lib. V. §. Homicidium. Farinacius quaest. 125.

21) Vgl. oben Bd. I. S. 81. Auch der Streit über den Beweis der Nothwehr nach den Bestimmungen der Carolina erledigt sich durch Berücksichtigung dieser Quellen. Nur für Bambg. Art. 170. Carol. 144 findet sich bei keinem der ital. Criminalisten ein Anknüpfungspunkt.

die deutschen Rechtsquellen ebenso wie die Glossatoren vorwiegend, wenn auch nicht ausschließlich, der Tödtung als des regelmäßigen Erfolges der Nothwehr gedenken, Schwarzenbergs wahrscheinliche Quelle, Angelus Aretinus es war, der, vermöge des Umstandes, daß er das ganze Strafrecht in der Form von Anmerkungen zu einem fingirten Klagformular darstellte, zuerst die Nothwehr in Verbindung mit der Tödtung behandelte. Wer die strafrechtliche Doctrin vom 13. bis 17. Jahrhundert kennt und es weiß, wie man selbst in unbedeutenden Kleinigkeiten an dem Ueberlieferten wortgetreu festgehalten hat, wird sich nicht wundern, daß man auch in dieser Stellung und Behandlung der Nothwehr von der Tradition Jahrhunderte lang nicht abgewichen ist [22]). Der Mangel eines von der Staatsgewalt gegen den widerrechtlichen Angriff gewährten Schutzes, dessen die Carolina nirgends gedenkt, wird, wenigstens in dieser Form, als rechtliche Voraussetzung der Nothwehr nur in einer Zeit aufgestellt werden, die sich an eine fast allmächtige und allgegenwärtige Polizeigewalt gewöhnt hat, nicht aber in einem Zeitalter das die Selbstvertheidigung als ein ursprüngliches, nicht erst vom Staate, in subsidium seiner im einzelnen Falle nicht zureichenden Macht, gewährtes Recht betrachtete; dem Wesen der Sache genügt es vollkommen, daß die berechtigte Nothwehr von jeder Art unberechtigter Selbsthilfe ausreichend unterschieden war. Von einer wissenschaftlichen Entwickelung der Grundsätze der Carolina ist im 16. Jahrhundert nicht die Rede, wohl aber faßte auch damals die Doctrin die Nothwehr ganz allgemein als Recht der Vertheidigung gegen jede Art rechtswidrigen Angriffes auf [23]). Die Consultationes Saxoniae und die chursächsischen Constitutionen beschränken sich bei der Nothwehr auf die Erörterungen einiger besonderen Fragen über Beweis und Wehrgeld, und demgemäß geht auch Moller auf eine vollständige Darstellung der Lehre von der Nothwehr nicht ein. Eine solche findet sich zuerst bei Berlich [24]), der sich vorwiegend auf P. Farinacius und Damhouder stützt, und hiermit beginnen in der deutschen Strafrechtswissenschaft alle jene Controversen, die noch bis heut in der Doctrin und Gesetzgebung nachwirken. Mit Berlich stimmt, wenn auch im Einzelnen abweichend, Carpzow [25]) im Wesentlichen über-

---

22) Selbst der wenigstens in der Form der Behandlung vielfach eigenthümliche Damhouder verbindet die Lehre von der Nothwehr mit der von der Tödtung, obwohl er ausdrücklich auch anderer Rechtsverletzungen als des Erfolges der Nothwehr gedenkt.

23) Vgl. z. B. Perneder Halsgerichtsordnung Art. 48.

24) Conclus. pract. IV. 12. 13.

25) Pract. rer. crim. qu. 28.

ein, und ihre Auffassung ist es, welche bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts die herrschende bleibt. Für dieselbe ist unleugbar der Umstand maßgebend gewesen, daß Berlich und Carpzow, der Carolina folgend, die Nothwehr in Verbindung mit der Lehre vom Todtschlage abhandelten, denn wenn ihr Streben viel weniger auf eine principielle Begründung des Rechtes der Nothwehr als auf eine casuistische Durchführung der positiven Rechtsregeln gerichtet ist, so konnten sie der Gefahr nicht entgehen durch die falsche Stellung der Lehre im System zu Folgerungen verleitet zu werden, welche mit dem Wesen der Nothwehr, mit den gesetzlichen Bestimmungen der Carolina und des römischen Rechtes, wie selbst mit ihrer eigenen allgemeinen Auffassung, soweit von einer solchen die Rede sein kann, im Widerspruche stehen. Das Wesentliche ist es nur, daß sie ganz entschieden die Nothwehr als das Recht betrachten einen widerrechtlichen mit Gefahr für Leib und Leben verbundenen Angriff durch Tödtung des Gegners zurückzuweisen. Liegt es aber in der Natur der Nothwehr, daß das Maß der Vertheidigung dem Maße der durch den Angriff drohenden Gefahr entsprechen müsse, so war, wenn man in solcher Weise das Maß der Vertheidigung auf die Tödtung des Angreifers fixirte, die nothwendige Folge davon, daß sich das natürliche Rechtsgefühl dagegen auflehnte, eine derartige Vertheidigung in einem jeden Falle des rechtswidrigen Angriffes zuzulassen, und daß man deshalb bemüht war, nunmehr auf Umwegen und durch allerlei dem Wesen der Nothwehr fremden Nebenrücksichten ein entsprechendes Maßverhältniß herzustellen. Weil also nicht in jedem Falle wirklicher Nothwehr sofort auch die Tödtung des Gegners gerechtfertigt erscheint, diese aber die feste Voraussetzung bildete, so wurde nun die Zulässigkeit der Nothwehr überhaupt auf die Fälle beschränkt, in denen die Tödtung als zuläßig betrachtet wurde, d. h. auf die Angriffe auf Leib und Leben. Nothwehr zum Schutze der Güter ist also nur gestattet, wenn zugleich Leib und Leben bedroht wird; zum Schutze der Ehre ist sie nicht gestattet, da diese per actionem iniuriarum optime recipi potest, und selbst eine Berücksichtigung der besondern Standesehre des Adligen und Soldaten, wie sie schon bei Hipp. de Marsiliis und Damhouder vorkommt, schließt Berlich und nach ihm Carpzow aus. Nothwehr ist im Falle der Nothzucht nur gestattet, weil metus stupri maior esse solet quam mortis. Die Straflosigkeit der Tödtung in Nothwehr wird ferner bedingt, dadurch daß kein anderes Rettungsmittel, namentlich Flucht, zu Gebote stand, durch parietas armorum, durch die besondere körperliche Beschaffenheit des Angreifenden u. s. w. Wenn alles dies im Widerspruche steht zu den an die Spitze gestellten Definitionen

der Nothwehr, als einer zum Schutze jeden Rechtes zu übenden Vertheidigung, als eines jedem Menschen durch die Natur verliehenen und von der gesetzgebenden Gewalt nicht zu entziehenden Rechtes, dessen Nichtgebrauch sogar strafbar sei, so rechtfertigt sich Berlich damit, daß zwar dem Menschen nach natürlichem Rechte ein unbeschränktes Vertheidigungsrecht zustehe, dieses aber durch das Civilrecht, aus welchem das moderamen inculpatae tutelae stamme, beschränkt worden sei, weshalb auch dieses, nicht jenes, wieder gesetzlich aufgehoben und das einfache Vertheidigungsrecht hergestellt werden könnte. Analog ist Carpzows Unterscheidung des moderamen defensionis und des moderamen inculpatae tutelae.

Auf diesem durch die sächsischen Criminalisten bezeichneten Standpunkte blieb die Doctrin im 17. und Anfange des 18. Jahrhunderts durchaus stehen, wenn man auch in Betreff der rechtlichen Voraussetzungen des moderamen inculpatae tutelae im Einzelnen hin und her schwankte [26]). Niemals aber, so nahe auch die Gefahr liegen mochte, hat man sich bis dahin verirrt, den Act der Nothwehr als eine zwar unrechtmäßige, aber vermöge des Nothstandes entschuldbare, Tödtung aufzufassen, vielmehr wurde es ausdrücklich ausgesprochen, daß die Tödtung in Nothwehr darum straflos sei, weil sie in der Ausübung eines Rechtes begangen werde und darum nicht als Verbrechen erscheine [27]). Böhmer war es, der zuerst diese traditionelle Auffassung der Nothwehr bekämpfte, indem er namentlich das Recht der Nothwehr auf den Fall des Angriffes auf Ehre und Güter ausdehnte und die Unterscheidung des moderamen defensionis und moderamen inculpatae tutelae widerlegte [28]). Eine tiefer eingreifende Wirkung ließ sich jedoch hiervon nicht erwarten, denn wenn er auch das Wesen der Nothwehr im Einzelnen vielfach richtiger bestimmte, so erschien doch alles was er geleistet hatte, ungerechtfertigt der Voraussetzung gegenüber, von welcher auch er nicht abließ, daß nämlich die Nothwehr in einem Tödtungsrechte bestehe. Obwohl man also in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts den Ansichten Böhmers folgte, so blieb man doch im

---

26) Vgl. z. B. Blumblacher Commentarius in K. Karls II. peinl. H. G. O. ad art. 138—142. Clasenii Commentarius etc. ad art. 139. 140. Frölich von Frölichsburg Commentar u. s. w. Tract. II. lib. I. tit. 4. Kressii Commentarius in C. C. C. ad art. 140. Engau Elementa iuris crim. I. §. 335 sq.

27) Z. B. Clasen l. c. ad art. 139. Quia non est delictum, etiam abest poena.

28) Elementa iurisp. crim. Sect. II. c. 16. Observationes ad Carpzovii Pract. Observ. 1—2. ad quaest. 28. Observ. 1—5. ad quaest. 29. Observ. 1—4. ad quaest. 30. Observ. 1. ad quaest. 32. Meditationes in C. C. C. ad art. 139. 140.

Wesentlichen auf dem frühern Standpunkte stehen, indem man nach wie vor die Nothwehr in Verbindung mit dem Verbrechen der Tödtung behandelte, sie als ein Tödtungsrecht auffaßte, und darum, wenn auch in geringerm Maße als früher, in widernatürliche Schranken einengte [29]). Ebenso weicht die Strafgesetzgebung jener Zeit von diesem Standpunkte nicht ab. Erst die Redactoren des preußischen Landrechtes [30]) erwarben sich das Verdienst der richtigen Auffassung der Nothwehr Bahn zu brechen, indem sie dieselbe, losgelöst von dem Verbrechen der Tödtung, in den einleitenden Bestimmungen zu den Privatverbrechen, als die Jedem zustehende Befugniß definirten, die ihm oder den Seinigen, oder seinen Mitbürgern drohende Gefahr einer unrechtmäßigen Beschädigung, durch der Sache angemessene Hilfsmittel abzuwenden. Indem jetzt nicht mehr nur die Tödtung, sondern jede im besondern Falle genügende und erforderliche Art der Verletzung des Angreifers als berechtigte Nothwehr erschien, konnte es keinem Bedenken unterliegen sie zum Schutze eines jeden Rechtes und gegen jede Art von rechtswidrigen Angriffen zu gestatten. Weniger die Autorität der ältern Doctrin als vielmehr die Sorge den Privatpersonen und ihrem Rechte gegenüber die Machtvollkommenheit der Staatsgewalt möglichst aufrecht zu halten, bewirkte es, daß auch hier noch die Nothwehr mehrfach in begriffswidrige Grenzen eingeengt wurde. Schon bei Stelzer und Klein [31]) wird die Nothwehr, unter den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, im Wesentlichen nach den Bestimmungen des preußischen Landrechtes abgehandelt, und durch Grolman und Feuerbach [32]) stellte sich dann diese veränderte Auffassung in der gemeinrechtlichen Doctrin fest. Seit Feuerbach ist die Wissenschaft, von der richtigen Grundanschauung ausgehend, nur noch damit beschäftigt gewesen, die Lehre von der Nothwehr im Einzelnen abzuklären und die traditionellen Irrthümer abzustoßen. Der wunderliche Versuch Zöpfls, die Mängel in der juristischen Auffassung der deutschen Rechtsquellen und die Irrthümer der italienischen und sächsischen Criminalisten zum Systeme zu gestalten und ihnen ein den Quellen wie der Doctrin unbekanntes Princip unterzuschieben, konnte darum jetzt einen bestimmenden Einfluß nicht mehr gewinnen. So wie die Wissenschaft hat

---

29) Meister Principia iur. crim. c. 9. Koch Instit. iur. crim. §. 447. Quistorp Grundsätze des peinl. R. II. §. 237 flg.

30) II. 20. §. 517—524. Vgl. oben Bd. I. S. 220.

31) Stelzer Lehrbuch des Crim. R. 1793 §. 128. Klein Grundsätze des peinl. R. 1796 §. 34—37.

32) Grolman Grundsätze der Crim. Rsw. §. 24. 139. Feuerbach Lehrb. §. 37—39.

auch die neuere deutsche Strafgesetzgebung einen derartigen allmäligen Abklärungsproceß durchlaufen, als dessen Ergebniß die Bestimmungen des preußischen Strafgesetzbuches betrachtet werden dürfen.

§. 65. Nothwehr ist, wie sie durch das preußische Strafgesetzbuch bezeichnet wird, diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder Anderen abzuwenden. Sie gewinnt ein strafrechtliches Interesse, insofern sie eine im gegebenen Falle durch ihren Zweck gebotene Beschädigung des Angreifers zur Folge hatte, welche unter solcher Voraussetzung nicht widerrechtlich und darum nicht strafbar erscheint. Der Grund davon liegt darin, daß die fragliche Beschädigung des Angreifers in der Ausübung eines Rechtes zugefügt wurde und zugefügt werden mußte, und daß auch innerhalb des Staates die Rechte der Privatperson sich nicht bloß als ohnmächtige Forderungen an den Willen Anderer darstellen, sondern zugleich auch nothwendig ihre Bethätigung durch die eigene Macht oder den freiwillig geleisteten Beistand Anderer in sich schließen, insofern sich dieselbe wirklich nur auf Ausübung des eigenen Rechtes beschränkt. Die Ausübung des dem Individuum zustehenden Rechtes umfaßt nicht bloß den Gebrauch, den es nach seiner Beschaffenheit zu gewähren vermag, sondern eben so sehr auch seine Bethätigung und Behauptung gegenüber dem Unrechte. Insofern die Zuständigkeit des Rechtes selbst in rechtlicher Weise bestritten wird, ist es der Staat allein, welcher auf dem Wege der Rechtspflege Hilfe zu gewähren berechtigt ist, weil es sich in solchem Falle darum handelt, Recht, Gerechtigkeit zu üben; insofern aber das Recht in rechtswidriger Weise angegriffen wird, ist es zunächst das Individuum, welches berufen ist eigenmächtig in dem erforderlichen Maße den Angriff von sich abzuwehren, weil es sich hier lediglich um Ausübung einer Berechtigung handelt. Darum ist die Nothwehr nicht ein besonderes neben vielen anderen der Person zustehendes Recht, sondern ist nur die Form, in welcher das besondere im gegebenen Falle angegriffene Recht bethätigt wird. Die Nothwehr unterscheidet sich damit ferner von der erlaubten Selbsthilfe dadurch,

daß sie ein der Person ursprünglich und regelmäßig zustehendes Recht ist, welches nicht bloß ausnahmsweise in Vertretung der im concreten Falle mit ihrer Hilfe mangelnden Staatsgewalt zu üben ist, indem der Staat an sich und seinem Wesen nach nicht berufen, nicht einmal berechtigt ist, die Ausübung irgend einer individuellen Berechtigung in der Art als sein ausschließliches Recht in Anspruch zu nehmen, daß der Berechtigte selbst nur ausnahmsweise, in Ermangelung der Staatsgewalt, zu solcher Uebung befugt wäre.

Anmerk. Daß vorstehende Auffassung der Nothwehr der des preußischen Strafgesetzbuches mindestens in keiner Beziehung widerspricht, wird man unbedenklich zugeben. Dagegen widerspricht sie freilich durchaus den bis heut in der Doctrin herrschenden Ansichten, und darum ist es um so nothwendiger sie gegen diese zu vertheidigen, damit nicht, wie bereits geschehen ist, in das preußische Strafrecht wiederum Dinge hinein interpretirt werden, die ihm fremd sind. Daß die Nothwehr in der Ausübung eines Rechtes besteht, und nicht bloß als ein aus irgend welchem Grunde entschuldbares Unrecht betrachtet werden darf, darin kommt man jetzt vollkommen überein. Ebenso darin, daß der Grund davon zunächst in der Rechtswidrigkeit des Angriffes, und in der absoluten Nichtigkeit des Unrechtes zu suchen ist. Aber diese kann allein nicht genügen, wenn nicht auch jede Racheübung, wofern sie nur das Maß gerechter Vergeltung nicht überschreitet, gerechtfertigt erscheinen soll. Darum wird hinzugefügt, daß es eigentlich der Staat sei, welcher das Recht wie die Pflicht habe den Schutz zu gewähren, welchen der Angegriffene in der Nothwehr sich selbst zu gewähren unternimmt, und daß deshalb die rechte Nothwehr einen Fall voraussetze, in welchem der Staat seiner Pflicht zur Ausübung seines Schutzrechtes nicht zu genügen vermöge. Gleichgiltig ist es hierbei, ob man in Kantischer Weise diese Forderung so faßt, daß Jeder sein natürliches Selbstvertheidigungsrecht nur unter der Bedingung an den Staat übertragen habe, daß dieser den erforderlichen Schutz gewähre, daher beim Wegfall dieser Bedingung jenes ursprüngliche Recht wieder auflebe [1]), oder ob man, vom Standpunkte moderner Staatsanschauung aus, das Recht des Staates als das Prius, die Nothwehr als ein vom Staate abgelei-

---

1) Feuerbach §. 36. Henke Handb. I. S. 206. Marezoll §. 25.

tetes Recht der Privatperson betrachtet [2]). Auch die Ansicht derer läuft, wenigstens in dieser Beziehung, auf dasselbige hinaus, welche die Nothwehr als einen Fall des Nothstandes betrachten, in welchem für den Bedrohten der Staat gar nicht vorhanden sei, und, nach dem Grundsatze „Noth kennt kein Gebot“, das positive Recht des Staates seine Wirksamkeit verliere, und ein „höheres Recht“ entscheide [3]). Für die Auffassung der Nothwehr ist es aber die Kardinalfrage, ob ihre Ausübung ein in Vertretung der rechtsschützenden Thätigkeit des Staates zu übendes, oder der Person ursprünglich ohne Rücksicht auf diese Thätigkeit des Staates zustehendes Recht sei. Köstlin sucht den Rechtsgrund der Nothwehr zu erweisen, indem er diese als eine Forderung darstellt, welche sich nothwendig aus der Antinomie ergebe, daß der Staat für seine rechtsschützende Thätigkeit Ausschließlichkeit beansprucht, während doch deren Wirksamkeit Beschränkungen unterliege, vermöge deren es Fälle geben muß, in welchen der Einzelne vom Schutze des Staates verlassen ist. Die rechtsschützende Thätigkeit des Staates äußert sich aber 1) als Rechtspflege. Sie und ihre Ausschließlichkeit ist es nicht, aus welcher sich eine solche Antinomie ergeben könnte, weil das Gericht überhaupt nicht berufen ist die Person gegen erst drohendes Unrecht zu schützen, und also ein ausschließliches Recht solchen Schutz zu gewähren gar nicht in Anspruch nimmt. Nur die unklare Vorstellung, welche im 18. Jahrhundert in die Doctrin eindrang, daß die in Nothwehr zugefügte Verletzung eigentlich eine von der Privatperson ausgehende und ausnahmsweise gestattete Bestrafung sei, bewirkte es, daß man, im Gegensatze zur ältern Doctrin, die mangelnde Hilfe des Staates oder wohl ausdrücklich des Richters [4]) als rechtliche Voraussetzung der Nothwehr hinstellte. Das Strafgericht aber hat es nur mit dem existent gewordenen Unrechte, mit dem Verbrechen als Bruch der Gerechtigkeit zu thun, indem es dasselbe durch die Strafe tilgt, um die Herrschaft des Rechtes herzustellen. Die Nothwehr hat eigentlich gar nicht das Verbrechen als solches zu ihrem Objecte, sondern dieses nur insofern, als es

---

2) Heffter §. 41. Richter philos. Strafr. S. 135. Luden Handb. I. S. 292–294. Köstlin N. Rev. S. 708 flg. System §. 28. Levita a. a. O. S. 17–20.

3) Grolman §. 24. Abegg Unters. S. 111 flg. Lehrb. §. 107–109. Mittermaier z. F. §. 36.

4) Vgl Böhmer Elem. i. c. II. e. 16. Im Widerspruche zu seiner weitern Ausführung stellt auch Levita a. a. O. S. 18 wiederum die Strafgewalt des Staates und die Nothwehr auf eine Stufe, und betrachtet den strafenden Staat und die Nothwehr übende Privatperson nur als verschiedene Werkzeuge, die für den gleichen Zweck thätig sind.

Verletzung einer subjectiven Berechtigung der Privatperson ist, um diese gegen die drohende Beschädigung zu schützen. Es könnte demnach nur noch die Frage entstehen, ob etwa 2) die polizeiliche Thätigkeit des Staates es ist, die vermöge ihrer Ausschließlichkeit die Nothwehr als ein, nur in Ermangelung ihres Schutzes, zu übendes Recht erscheinen läßt. Die Polizei hat nun allerdings die Aufgabe auch das erst drohende Unrecht, die mögliche Beschädigung zu verhindern. Aber, wie Köstlin richtig sagt, die Polizei muß sich ihrem Grundprinzipe gemäß auf die allgemeinen und constanten Möglichkeiten des Unrechtes beschränken, und kann und darf sich nicht die Aufgabe stellen, jedem Einzelnen in jedem Augenblicke schützend zur Seite zu stehen. Mit anderen Worten: Polizei zu üben ist das ausschließliche Recht des Staates in der Art, daß keine Privatperson polizeiliche Thätigkeit zu üben befugt ist, aber es kann und darf die Polizei kein ausschließliches Recht beanspruchen allen irgend erforderlichen Rechtsschutz zu gewähren, sondern ist in dieser Beziehung auf eine bestimmte Art von Thätigkeit beschränkt. Hiernach ist schwer zu begreifen, wo die Antinomie herkommen soll, die durch das Recht der Nothwehr zu lösen wäre. Wir können aber noch weiter gehen und zugeben, daß sich die Polizei in ihrer Thätigkeit nicht bloß auf die allgemeinen und constanten Möglichkeiten des Unrechts zu beschränken hat, sondern auch berufen ist dem Einzelnen im concreten Falle zur Abwehr von Beschädigungen wo möglich ihre Hilfe zu gewähren. So weit sie dies aber thut, handelt es sich nur darum, daß die unzureichende Macht des Einzelnen durch die des Staates unterstützt werde, nicht darum, daß etwa der Staat zuerst und allein berechtigt wäre solchen Schutz zu gewähren, und sich ausnahmsweise durch die Privatperson müßte unterstützen und vertreten lassen. Es giebt also kein ausschließliches Recht des Staates, der Privatperson in jedem Falle den etwa erforderlichen Schutz gegen Beschädigungen und Rechtsverletzungen zu gewähren, sondern dieser selbst steht das ursprüngliche, nicht vom Staate abgeleitete Recht zu, ihr Recht auch in der Form der Nothwehr eigenmächtig zu üben und gegen den rechtswidrigen Angriff zu bethätigen, und darum kann die mangelnde Hilfe des Staates nicht die rechtliche Voraussetzung und den Rechtsgrund der Nothwehr bilden. Oder soll etwa derjenige, welcher, da die eigene Macht vollkommen zureicht, die widerrechtlich Eingedrungenen zur Thür hinauswirft, darum strafbar sein, weil er es versäumte statt dessen lieber die so eben vorübergehenden Polizeibeamten herbeizurufen? Warum soll der Angegriffene auf die eigenmächtige Abwehr verzichten, selbst wenn er im gegebenen Falle ohne alle Gefahr die Hilfe des Staates zu erlangen vermöchte? Man wird dafür

schwerlich einen andern Grund anzuführen wissen als den, daß die eigenmächtige Abwehr die Gefahr einer Ueberschreitung ihrer Grenzen enthält. Eine solche Gefahr kann aber bei einer jeden Art von Rechtsausübung eintreten, und man müßte dann folgerecht eine jede, z. B. auch die Benutzung des Eigenthums, von der helfenden Thätigkeit des Staates abhängig machen, und sie als ein nur in Ermangelung der Staatshilfe zu übendes, vom Staate abgeleitetes Recht betrachten. Und wirklich unterliegt ja die Privatperson in Rücksicht auf die allgemeine und constante Möglichkeit solcher Gefahr, in der Ausübung ihrer Rechte mancherlei polizeilichen Beschränkungen, aber doch nur insoweit sie durch positive Bestimmungen angeordnet sind, und ohne daß darum die Ausübung der eigenen Berechtigung als ein vom Staate abgeleitetes Recht betrachtet werden dürfte. Es kommt also nur darauf an, ob der Staat jene Gefahr für bedeutend genug erachtet, um etwa in der Art des A. L. R. auch die Ausübung der Nothwehr polizeilichen Beschränkungen zu unterwerfen. Ist dies nicht der Fall, dann dürfen sie auch nicht aus dem Wesen des Rechtes, in welchem sie nicht liegen, deducirt werden. Es wird kaum der Erinnerung bedürfen, daß, wenn der Mangel des obrigkeitlichen Schutzes nicht als rechtliche Voraussetzung der Nothwehr betrachtet werden darf, darum nicht etwa jede Verletzung des Angreifers selbst dann straflos ist, wenn zufällig im gegebenen Falle durch die Obrigkeit wirklich vollkommen ausreichender Schutz gewährt wird. Ist dies der Fall, dann ist die Verletzung des Angreifers strafbar, weil es an jeder abzuwehrenden Gefahr fehlte und kein Fall der Nothwehr vorlag. Ausreichend ist aber der obrigkeitliche Schutz nur dann, wenn die Privatperson durch ihn in die Lage versetzt wird, daß es für sie wirklich an jeder abzuwehrenden Gefahr fehlt. Ist dies auch nur entfernt zweifelhaft, dann ist die Privatperson trotz der gewährten obrigkeitlichen Hilfe zur Nothwehr vollkommen berechtigt. Wenn der unter militairischer Bedeckung fahrende Postwagen von Straßenräubern angegriffen wird, und die Bedeckung zur Abwehr höchst wahrscheinlich ausreicht, so ist dennoch der Reisende, welcher sich am Kampfe betheiligt und einen Räuber niederschießt, unzweifelhaft straflos. Will man also mit der Erwähnung des mangelnden Staatsschutzes mehr nicht sagen, als daß die in Nothwehr zugefügte Verletzung auch wirklich im Falle der Nothwehr zugefügt sein müsse um straflos zu sein, so ist dies eine leere Tautologie, und man müßte dann folgerecht ebenso des ausreichenden Schutzes gedenken den andere Privatpersonen, feste Mauern, Thüren, Schlösser u. s. f. gewähren. Wenn aber bisher in der Doctrin regelmäßig der mangelnde obrigkeitliche Schutz als Voraussetzung der Nothwehr hervorgehoben wurde,

so handelte es sich augenscheinlich nicht bloß um etwas Ueberflüssiges, sondern um eine principiell falsche Auffassung der Nothwehr, indem man in solcher Weise den Rechtsgrund derselben angeben wollte; es handelte sich um eine Auffassung, die bald auch Veranlassung zu weiteren irrigen Folgerungen werden mußte.

Daß die gemeinrechtlichen Quellen bei der Begriffsbestimmung der Nothwehr nirgends des mangelnden Staatsschutzes gedenken, ist bekannt genug [5]). Im Gegentheile besagt die Auffassung der Nothwehr als eines durch die naturalis ratio gebotenen, aus dem ius gentium herstammenden Rechtes nichts Anderes, als daß sie eben nicht ein vom Staate abgeleitetes sei. Hiermit stimmt das preußische Strafgesetzbuch überein, das, im Gegensatze zur herrschenden Ansicht der Doctrin, die in dieser Beziehung richtige Auffassung der Quellen wiederhergestellt hat. Schon bei dem ersten Entwurfe von 1827 ging man davon aus, daß die Nothwehr von den begriffswidrigen Beschränkungeu des A. L. R. möglichst befreit werden müsse [6]). Gleichwohl enthielt jener Entwurf noch die Bestimmung, daß der Angegriffene Nothwehr nur üben dürfe, „wenn er auf den Schutz der Obrigkeit nicht rechnen" könne. Schon diese Fassung giebt aber zu erkennen, daß die Absicht nicht dahin ging in solcher Weise den Rechtsgrund der Nothwehr zu bezeichnen, sondern nur dahin, casuistisch etwas näher zu bestimmen, in welchem Falle Nothwehr wirklich anzunehmen sei. Darum war es keine wesentliche Aenderung, sondern nur eine Redactionsverbesserung, wenn die Revision von 1845 die Worte: „so weit sie (die Nothwehr) für den Zweck der Vertheidigung erforderlich war" an Stelle der angegebenen des ersten Entwurfes setzte. Daß dieser Passus, wie Goltdammer sagt [7]), das Moment des mangelnden obrigkeitlichen Schutzes mit enthalte, ist insoweit richtig, als durch diesen Schutz wie durch andere Umstände möglicherweise der Fall der Nothwehr ganz ausgeschlossen sein kann [8]). Wenn aber hinzugefügt wird, daß er ebenso den Mangel eines

---

5) L. 45. §. 4. D. IX. 2., die auch nichts Anderes sagen will, als daß die Verletzung nur so weit straflos ist, als sie zum Zwecke der Vertheidigung erforderlich war, ist freilich schon für die italienischen Criminalisten die Veranlassung gewesen, die Verpflichtung zur Flucht zu deduciren, und mit gleichem Rechte kann man dann jetzt behaupten, daß in dieser Stelle der Mangel der obrigkeitlichen Hilfe gemeint sei.

6) Beseler Komment. S. 185. Goltdammer Mat. I. S. 360 flg.

7) Mat. I. S. 419.

8) Temme Lehrb. S. 214 sagt ganz richtig, daß es darauf, ob gerade eine zeitige Hilfe des Staates zu Gebote gestanden habe, nicht mehr ankomme, als darauf, ob ein anderes Abwehrmittel vorhanden gewesen sei. Im Uebrigen

andern sicheren Mittels zur Abwendung der Gefahr umschließe, und daß die Frage, ob die Flucht der Abwehr vorgezogen werden müsse, im concreten Falle zu entscheiden sei, so leuchtet hier wieder eine Auffassung der Nothwehr durch, wonach sie nicht als ein in jedem dazu angethanen Falle vom Angegriffenen principaliter, sondern nur ausnahmsweise in subsidium zu übendes Recht erscheint, dem darum der Staat mit seinem ausschließlichen Schutzrechte, ebenso wie jedes andere Mittel sich der Gefahr zu entziehen, wenn irgend möglich, vorgehen müsse. Dagegen, daß dem Gesetze irgend wie eine ihm fremde Auffassung der Nothwehr untergeschoben werde, deren Folgen nicht ausbleiben würden, so wie dagegen, daß im preußischen Strafgesetzbuche der Begriff der Nothwehr dem Code pénal entsprechend gefaßt sei [9]), und deshalb vielleicht einer Erläuterung durch die französische strafrechtliche Doctrin bedürfe, muß durchaus protestirt werden.

§. 66. Die Voraussetzung der Nothwehr ist ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff. Wenn also 1) ein gegenwärtiger Angriff erfordert wird, so ist der Fall der Nothwehr einerseits durch die, einen solchen Angriff nicht enthaltende, auf die Zukunft sich beziehende Bedrohung des Rechtes, andrerseits durch die vollbrachte Rechtsverletzung begrenzt. Die Bedrohung wird den Bedrohten, wenn sie durch besondere gesetzliche Bestimmung für strafbar erklärt ist, zur Denunciation zum Zwecke der Bestrafung, im andern Falle, je nach ihrer Beschaffenheit, zur civilrechtlichen Klage, zur provocatio ad agendum, und, wenn er der eigenen Macht zur Abwehr des möglichen Angriffes nicht vertraut, zur Beantragung polizeilicher Sicherungsmaßregeln berechtigen. Die Uebung einer Nothwehr dagegen ist unzulässig, weil sie in solchem Falle durch den Zweck das eigene Recht zu schützen nicht

---

können wir seiner Auffassung der Nothwehr durchaus nicht beistimmen. Wenn er Glossen S. 116 den §. 41. des Strafgesetzbuches als der Form wie dem Inhalte nach verfehlt bezeichnet, so hätte er bessere Beweise beibringen müssen, um diese Behauptung zu rechtfertigen. Wenn die bisherige Doctrin wirklich, wie Temme sagt, voll Unbeholfenheiten und Irrthümer war, so ist es sehr inconsequent dem Strafgesetze vorzuwerfen, daß es nicht auf jede nähere Bezeichnung dessen, was Nothwehr sei, als etwas durchaus Einfaches und Klares, verzichtet habe.

9) Wie dies die Motive zum Entwurfe von 1851 S. 18 wunderlicherweise behaupten.

geboten ist. Aus dem gleichen Grunde ist sie unstatthaft im Falle der bereits vollbrachten Rechtsverletzung. Ihr gegenüber kann es nur darauf ankommen den Schuldigen im Interesse der Gerechtigkeit zu strafen, und nöthigenfalls die Pflicht dem Beschädigten die entsprechende Entschädigung zu gewähren, so wie das Maß derselben rechtlich festzustellen. Beides ist Sache des Gerichtes und jede Eigenmacht des Beschädigten würde sich als rechtswidrige Selbsthilfe darstellen. Wenn ferner 2) ein rechtswidriger Angriff erfordert wird, so ist die Nothwehr ausgeschlossen gegenüber einer jeden berechtigten Gewaltübung. Die Straflosigkeit der in Nothwehr zugefügten Verletzung setzt aber voraus, daß sie in einer Gewaltübung bestehe, deren Maß bestimmt wird durch das Maß der dem angegriffenen Rechte drohenden Gefahr, wonach sie also nur in dem Umfange zulässig und berechtigt ist, welcher im gegebenen Falle zum Zwecke des Rechtsschutzes erforderlich war.

Anmerk. 1. Bei dem Erfordernisse eines gegenwärtigen Angriffes ist zu berücksichtigen, daß der Angriff eine zeitlich verlaufende Handlung ist, welche darum in ihrem Beginne in der Regel sich als eine Drohung darstellen wird. Wenn nun zwar die Drohung an sich den Bedrohten nicht in die Lage versetzt, daß eine Verletzung des Drohenden zum Schutze des eigenen Rechtes geboten und gerechtfertigt wäre, so wird doch unterschieden werden müssen, ob die Drohung sich wirklich nur auf eine künftige Gefahr bezieht, oder ob sie als der Beginn eines gegenwärtigen Angriffes erscheint, und damit selbst bereits als solcher zu betrachten ist. Die Grenze zwischen der Drohung einer künftigen Gefahr und dem Beginne des gegenwärtigen Angriffes wird sich freilich nur im conrreten Falle ziehen lassen. Jedenfalls wird der Angegriffene, wie schon die Carolina sagt, nicht verbunden sein sich auf die Abwehr der Fortsetzung einer bereits theilweise zur Ausführung gebrachten Verletzung zu beschränken, sondern darf eben so sehr dem Beginne derselben durch das dazu geeignete Benehmen zuvorkommen [1]). Mit Recht hat daher das preußische Strafgesetzbuch die in den früheren Entwürfen enthaltene Bestimmung des Angriffes als „eines gegenwärtigen oder unzweideutig angedrohten" verworfen, und sich

1) Vgl. Köstlin System S. 84. Levita a. a. O. S. 172.

auf das erstere Moment beschränkt [2]). Durchaus verwerflich ist hiernach der von der Theorie wie Praxis [3]) aufgestellte Grundsatz: daß der Angriff sich durch „körperliches, materielles Einwirken“ äußern müsse, um zur Nothwehr zu berechtigen. Man versteht darunter ein gewaltthätiges Benehmen im Gegensatze zu wörtlichen Aeußerungen, und geht dabei von der Ansicht aus, daß nur unter solcher Voraussetzung überhaupt von einem gegenwärtigen Angriffe die Rede sein könne, während doch damit dieses richtige Erforderniß in casuistischer Weise ungebührlich beschränkt und verfälscht wird [4]). Zunächst ist die Bezeichnung: „körperliches Einwirken“ eine sehr unklare und schwankende. Wenn sie wörtliche Aeußerungen ausschließen soll, wie verhält es sich mit Geberden z. B. dem Vorhalten einer Pistole? soll die körperliche Einwirkung der Kugel abgewartet werden? Was ferner die wörtlichen Aeußerungen betrifft, so können sie im concreten Falle sehr wohl von der Art sein, daß der Bedrohte sie als Beginn eines gegenwärtigen Angriffes zu betrachten und darum Nothwehr zu üben berechtigt ist. Bestehen sie in Verbal-Injurien, die keine weitere Gewaltthätigkeit besorgen lassen, so wird sehr häufig die Nothwehr darum unzulässig sein, weil die Rechtsverletzung im Moment vollbracht ist, und dem Verletzten keine Zeit und Gelegenheit zur Abwehr bleibt. Bei der Revision von 1845 äußerte man sich allerdings dahin, daß Nothwehr bei Verbal-Injurien nicht stattfinden könne, und zwar darum, weil man sich einen zur Nothwehr geeigneten Fall der Art nicht denken konnte. Daraus darf aber nicht ein allgemeiner Rechtsgrundsatz gebildet werden, denn wenn man damals ausdrücklich die Nothwehr zum Schutze der Ehre anerkannte, und im concreten Falle ein Schlag auf den Mund sich als durchaus geeignet erwies, eine fortgesetzte Schmährede zu unterbrechen, so ist es widersinnig hier die Zulässigkeit der Nothwehr leugnen und den Schlag bestrafen zu wollen [5]).

---

2) Goltdammer Mat. I. S. 418.

3) Goltdammer a. a. O. S. 417. Erk. des App. G. Arnsberg bei Oppenhoff Stgb. §. 41. N. 3.

4) Vgl. Temme Lehrb. S. 212.

5) Schon in der ältern Doctrin wurde die Zulässigkeit der Nothwehr bei Verbalinjurien, wohl auch leichteren Realinjurien geleugnet, freilich nur darum, weil man lediglich die Tödtung im Auge hatte, und diese bei so leichten Verletzungen nicht gestatten wollte. P. Farinacius Quaest. 125. n. 41. Berlich Concl. XII. n. 41. Carpzow Pract. qu. 28. Fröhlichsburg Comment. tract. II. lib. 1. tit. 4. Obwohl sich schon Kress Comment. in C. ad art. 140 und Engau Elem. I. §. 335. dagegen erklärten, blieb man bei der alten Ansicht stehen, indem man die von der Carolina augenscheinlich auch zum Schutz der Ehre gestattete Nothwehr als veralteten Ueberrest des Faustrechtes erklärte. Meister

Vermöge des Erfordernisses eines gegenwärtigen Angriffes ist ferner die Nothwehr in dem Falle ausgeschlossen, in welchem der Bedrohte sich bereits gegen jede Gefahr vollkommen geschützt sieht, mögen es obrigkeitliche oder Privatpersonen oder sonstige Mittel sein, welche diesen Schutz gewähren. Wo es an jeder Gefahr fehlt ist Abwehr nicht erforderlich und nicht berechtigt. Wo sie obwaltet ist das Recht zur Nothwehr gegeben und kein Grund vorhanden dem Angegriffenen die Pflicht aufzuerlegen, andere Schutzmittel der Nothwehr vorzuziehen und sie womöglich zu suchen. Daß keine Verpflichtung zur Flucht besteht, braucht nach den neueren Ausführungen nicht nochmals bewiesen zu werden [6]), und für das preußische Strafrecht giebt auch die Entstehungsgeschichte des §. 41. nicht den leisesten Anhalt sie hinein zu interpretiren. Bei richtiger Auffassung der Nothwehr ist es aber eine Inconsequenz die Verpflichtung zur Flucht zu leugnen, wohl aber die zur Anrufung des obrigkeitlichen Schutzes, wo sie den Umständen nach möglich ist, behaupten zu wollen, und auch dafür giebt jedenfalls das preußische Strafgesetzbuch keinen Anhalt.

Der gegenwärtige Angriff wird endlich nach der andern Seite begrenzt durch die vollbrachte Rechtsverletzung. Richtet sich die Nothwehr gegen die Gefahr einer Verletzung, so kann sie nicht mehr gestattet sein, wenn die Gefahr durch Vollbringung der Rechtsverletzung vorüber ist. Hierbei kommt in Betracht, daß die Vollendung des Verbrechens im juristischen Sinne unabhängig ist von dem größern oder geringern Umfange in welchem die Verletzung zur Ausführung kam, während für den Angegriffenen die Gefahr und die Berechtigung zur Nothwehr auch dann noch stattfindet, wenn die Verletzung juristisch als eine vollendete erscheint, der Angreifende aber seine verletzende Thätigkeit noch weiter fortsetzt. Nicht das im juristischen Sinne vollendete Verbrechen, sondern die vollbrachte Beschädigung bildet die Grenze für die Nothwehr, und vollbracht erscheint die Beschädigung, so wie der Angreifer von seiner rechtsverletzenden Thätigkeit völlig absteht. Ein besonderes Interesse gewinnt dies bei der Frage nach der Zulässigkeit der Nothwehr zum Schutze des Besitzthums, die man von jeher aus den gleichen Rücksichten wie die zum Schutze der Ehre zu

---

Princ. i. cr. 1760 c. 9. §. 1. In der neuern Zeit war die Ersetzlichkeit des Rechtes, und der falsche Grundsatz, daß bei vollendeten Verbrechen, im criminalistischen Sinne, Nothwehr unzulässig sei, der Grund sie bei Verbalinjurien auszuschließen. Feuerbach §. 38. Grolman §. 25. Martin §. 45. Marezoll §. 25. Luden Abhandl. II. S. 485. Lehrb. I. 299. Dagegen vergl. Heffter §. 43. N. 4. Köstlin N. Rev. S. 442. 718. Levita S. 176. 182 flg.

6) Levita S. 237.

leugnen oder wesentlich zu beschränken versucht hat. Daß Nothwehr zum Schutze des Besitzthums zulässig sei, so lange die Verletzung noch nicht eine im juristischen Sinne vollendete ist, darüber ist man gegenwärtig in der gemeinrechtlichen Doctrin wohl eben so einig, als es nach den Grundsätzen des preußischen Strafrechtes unzweifelhaft ist [7]). Nach dem angegebenen Grundsatze muß aber auch dann noch die Nothwehr statthaft sein, wenn zwar die Besitzentziehung juristisch vollendet ist, die auf sie gerichtete Thätigkeit aber durch Flucht, persönlichen Widerstand oder auch nur Weigerung der Herausgabe fortgesetzt wird. Vollbracht, so daß Nothwehr zum Zwecke der Wiedererlangung nunmehr unstatthaft wird, ist die Rechtsverletzung erst dann, wenn diese Thätigkeit aufgehört hat und ein Moment des ungestörten Besitzens eingetreten ist [8]). In den früheren Entwürfen des preußischen Strafgesetzbuches bis zu dem von 1847 war es ausdrücklich ausgesprochen, daß es gestattet sei: Gewalt auf frischer That, oder auch wenn die Hilfe der Obrigkeit wahrscheinlich zu spät kommen würde, anzuwenden, um einen durch Gewalt oder heimlich verlorenen Besitz wieder zu erlangen. Hierbei kommt in Betracht, daß durch diese Bestimmung nicht bloß ausdrücklich Nothwehr zum Schutze des Besitzthums in den angegebenen Grenzen, sondern auch darüber hinaus, nach vollbrachter Rechtsverletzung, Selbsthilfe für den Fall, daß obrigkeitliche Hilfe wahrscheinlich zu spät kommen würde, gestattet war. Hierdurch rechtfertigte sich die beigefügte Bestimmung, daß in solchem Falle lebensgefährliche Verletzungen nicht straflos seien, vollkommen. Wenn diese Bestimmungen aus dem Entwurfe von 1850 und dem Strafgesetzbuche wegblieben, so kann freilich um so weniger gefolgert werden, daß Eigenmacht zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes innerhalb der Grenzen der Nothwehr, strafbar sein solle, als sie durch §. 143. Tit. 7. Th. I. A. L. R. selbst über diese Grenzen hinaus als Act erlaubter Selbsthilfe gestattet ist. Dagegen ist es durchaus unrichtig, wenn man die Unstatthaftigkeit der lebensgefährlichen Verletzung, welche der ausnahmsweise gestatteten Selbsthilfe gegenüber gerechtfertigt erscheinen mag, auch auf den Fall der wirklichen Nothwehr ausdehnen will [9]), und am wenigsten folgt dies aus der Natur der Sache.

Anmerk. 2. Hat das Recht der Nothwehr seinen Grund darin,

---

7) Goltdammer Mat. I. S. 424. Beseler Komment. S. 188. Temme Lehrb. S. 212.
8) Köstlin System S. 85. Levita S. 178.
9) Wie Goltdammer Mat. I. S. 425 behauptet.

daß in der subjectiven Berechtigung der Privatperson zugleich eine Machtbefugniß enthalten ist, mag diese Macht zum Zwecke des Gebrauches oder, wie hier, der Behauptung gegen das Unrecht geübt werden, so ist die Rechtswidrigkeit des Angriffes, wie allseitig anerkannt, die wesentliche Voraussetzung der Nothwehr. Streitig dagegen ist es, ob der Angriff nur ein objectiv oder auch subjectiv rechtswidriger sein müsse [10]), oder ob keines von beiden, indem nur ein nach der Ansicht des Abwehrenden rechtswidriger Angriff erfordert werden könne [11]). Dieser Streit hat seinen Grund lediglich darin, daß man bis heut die Handlung in Nothwehr von der im Nothstande noch immer nicht in allen Punkten genau unterschieden hat. Der Mensch hat freilich das Recht in jeder Weise den Schaden, den ihm die Naturmacht droht, von sich abzuwehren, aber es kann eine solche Handlung nicht als Nothwehr betrachtet werden. Wenn ich das Thier tödte das mich verletzen will, so ist dies eben so wenig Nothwehr, wie wenn ich den Blitz durch den Blitzableiter, den Regen durch den Schirm von mir ableite. Weil der Schaden, den die Naturmacht zufügt, kein rechtswidriger ist, so ist der Kampf gegen die von ihr drohende Gefahr keine Nothwehr und überhaupt juristisch ganz gleichgiltig. Ein juristisches Interesse gewinnt dieser Kampf erst dann, wenn vermöge desselben die Verletzung eines fremden Rechtes stattfindet. Die Gefahr die ein wahnsinniger Mensch, ein Hund, das Feuer mir droht, hat ganz dieselbige Bedeutung, und ebenso steht es rechtlich sich völlig gleich, ob ich, um Leben und Gesundheit zu retten, das Haus des Nachbars theilweis demolire, um dem Feuer zu entgehen, oder den fremden Hund tödte, oder den Wahnsinnigen verwunde. Es sind dies alles Handlungen, die gar nicht unter den Gesichtspunkt der Nothwehr, sondern des Nothstandes fallen, und das Wesen dieses giebt allein Aufschluß darüber, warum diese Handlungen straflos sind [12]). Soll auch gegen unzurechnungsfähige Menschen und Thiere Nothwehr stattfinden, so muß man entweder die drohende Beschädigung, nicht den rechtswidrigen Angriff, zur Voraussetzung der Nothwehr machen, oder auch die Tödtung des Menschen durch einen Blitzschlag für rechtswidrig erklären. Von Recht wie von Rechtswidrigkeit kann nur die Rede sein, wo das

---

10) Vgl. Levita S. 185 flg.
11) Wie Temme Gloss. S. 116. Lehrb. S. 213 behauptet.
12) Es ist eine arge Inconsequenz, wenn Köstlin Syst. S. 85, bei seiner Auffassung der Nothwehr und des Nothstandes, dennoch eine Nothwehr gegen Unzurechnungsfähige behauptet. Ihm folgt Levita S. 186. Sein Einwand, daß man dem Angegriffenen keine Untersuchung über die Zurechnungsfähigkeit des Angreifers zumuthen kann, erledigt sich durch das Obige von selbst.

freie menschliche Wollen und Handeln die Voraussetzung bildet, oder nur die gewollte Verletzung meines Rechtes, der subjectiv wie objectiv rechtswidrige Angriff ist es, gegen welchen Nothwehr stattfindet. Nur Temme geht so weit sich mit einem nach der Ansicht des Abwehrenden rechtswidrigen Angriffe zu begnügen, wenn er auch an sich weder subjectiv noch objectiv rechtswidrig sei, weil sonst weder gegen den Wahnsinnigen, noch zum Schutze eines vermeintlichen Rechtes Nothwehr möglich wäre. Wo es sich um Angriffe auf Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre handelt, kann ein Irrthum über das eigene Recht nicht wohl vorkommen. Er ist bei Vermögensrechten leicht möglich, hier aber sehr gleichgiltig, weil nicht bloß Eigenthum oder sonstige besondere Rechte, sondern der Besitz überhaupt durch Nothwehr geschützt werden darf. Die weiteren Folgerungen ergeben sich hiernach von selbst, namentlich also, daß nicht gegen Nothwehr, wohl aber gegen den Exceß derselben Nothwehr stattfindet, daß es gleichgiltig ist, ob der widerrechtliche Angriff von dem Angegriffenen veranlaßt war oder nicht, erwartet oder unerwartet, ob er von einer Privat- oder obrigkeitlichen Person ausgeht [13]).

Die Zweifel über die Zulässigkeit der Nothwehr gegen obrigkeitliche Personen würden sich leicht lösen, wenn man auch hier scharf daran festhielte, daß die Nothwehr eine gewollte Rechtsverletzung voraussetzt, nicht bloß eine drohende Beschädigung. Gegen die in vollkommen gesetzlicher Weise von der competenten Behörde erlassene Anordnung findet keine Nothwehr statt, auch wenn dadurch eine ungerechte Beschädigung zugefügt werden sollte. Nothwehr findet nicht statt gegen die gesetzliche Beitreibung einer Steuer, durch welche der Steuerpflichtige sich für überbürdet zu erachten gerechten Grund hat, nicht gegen die Ausführung eines in aller Form Rechtens ergangenen rechtskräftigen Urtheils, wenn auch der Verurtheilte vermöge mangelnden Beweises und richterlichen Irrthums ungerecht verurtheilt sein sollte. Es ist die Aufgabe des Staates durch seine Gesetzgebung dafür zu sorgen, daß nicht in der Form Rechtens eine materielle Ungerechtigkeit geschehe, wenn sie aber, vermöge der Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen dennoch geschieht, so kann ihr nicht ein alle staatliche Ordnung auflösendes Recht der Nothwehr entgegengestellt werden. Wer also gegen die Obrigkeit Nothwehr gebrauchen will, darf sich nicht bloß durch das Bewußtsein der ungerechten Beschädigung bestimmen lassen, sondern muß auch die gesetzlichen Befugnisse der Behörde

13) Das Nähere hierüber bei Levita S. 187 flg.

kennen, und von Nothwehr abstehen, wo sie nur dieser entsprechend handelt [14]).

Anmerk. 3. Der Umstand, daß man, wie gezeigt, von der Carolina an bis zum Erscheinen des preußischen Landrechtes die Nothwehr als Befugniß den Angreifer zu tödten auffaßte, und daß man somit für viele Fälle das rechte Maß der Abwehr verloren hatte, rief das Streben hervor dies Maß herzustellen, indem man die dem Angreifer zugefügte Verletzung mit dem Werthe des bedrohten und vertheidigten Gutes verglich. Auch die neuere Doctrin und Landesgesetzgebung hat daran vielfach festgehalten, verleitet durch die unklare Auffassung der Nothwehr als Surrogat der Strafgewalt des Staates, oder durch ihre Vermischung mit der Handlung im Nothstande, denn bei dieser wie bei der Strafe kommt es allerdings auf eine solche Werthvergleichung sehr wesentlich an. Die Vertheidiger der Ansicht, daß die dem Angreifer zugefügte Rechtsverletzung in gleichem Verhältnisse zu dem Werthe des vertheidigten Gutes stehen müsse, wissen, abgesehen von allerlei Folgerungen aus einer falschen Auffassung der Nothwehr, im Wesentlichen nichts anzuführen, als daß sie den einzelnen Fall herausgreifen und sich von dem unklaren Gefühle: es sei exorbitant z. B. wegen eines geringfügigen Eigenthumsobjectes ein Menschenleben zu opfern, dazu bestimmen lassen dies als unstatthaft zu erklären. Mögen sie von dem Einzelnen weg auf das Allgemeine blicken, und sich vergegenwärtigen, welcher, das Leben eines Menschen weit übertreffender Schaden für alle rechtliche und staatliche Ordnung erwachsen müßte, wenn durch widersinnige Beschränkung der Nothwehr alles Besitzthum den Dieben, die bei richtigem Benehmen vor jeder persönlichen Gefahr sicher sind, preisgegeben wird [15]). Aus dem Wesen der Nothwehr ergiebt sich für das Maß ihres Gebrauches, daß es durch die Größe der Gefahr, nicht aber durch den Werth des angegriffenen Gutes bestimmt sei, so daß jede Verletzung des Angreifers die im gegebenen Falle zur Abwehr des

---

14) Levita S. 199 behauptet ein Recht der Nothwehr gegen den Beamten: welcher außerhalb der Gränzen seiner Zuständigkeit oder innerhalb dieser Zuständigkeit in materiell gesetzwidriger Weise handelt. Es muß diesem Grundsatze und seiner weitern Ausführung ganz beigestimmt werden, wofern nur, was nicht recht klar ist, unter der materiellen Gesetzwidrigkeit nicht eine materielle Ungerechtigkeit, und unter Zuständigkeit die allgemeine zur Vornahme derartiger Amtshandlungen, nicht aber die Zuständigkeit im besondern Falle gemeint ist. In Betreff der preußischen Praxis ist zu vergleichen, was Oppenhoff zum Theil gegen sie ad §. 89. Nr. 7—9. ausführt, und was mit unserer obigen Auffassung im Wesentlichen übereinstimmt.

15) In Betreff der Widerlegung dieser Ansicht kann lediglich auf die treffende Ausführung bei Levita S. 213 flg. verwiesen werden.

Angriffes erforderlich war, gerechtfertigt ist. Für das preußische Strafrecht ergiebt die Entstehungsgeschichte des §. 41. des Strafgesetzbuches, daß er ganz ausdrücklich nicht ein Abwägen zwischen dem Mittel der Vertheidigung und dem vertheidigten Gute, sondern zwischen jenem und der Dauer, Art und Größe der Gefahr fordert [16]).

§. 67. Eine strafbare Ueberschreitung der Nothwehr findet statt, wenn in dem Gebrauche des an sich begründeten Rechtes der Nothwehr über das im concreten Falle zum Zwecke der Vertheidigung erforderliche Maß der Gewaltübung hinausgegangen wird. Eine solche Ueberschreitung kann sowohl mit Absicht stattfinden, als auch unabsichtlich, namentlich indem der Angegriffene durch den Angriff selbst in einen Gemüthszustand versetzt wurde, vermöge dessen er die, das rechte Maß der Vertheidigung bestimmenden Umstände nicht mit der erforderlichen Ruhe und Umsicht erwog. Wenn im letztern Falle die Ueberschreitung der Nothwehr sich als eine fahrlässige und darum an sich strafbare darstellt, so hat doch das preußische Strafrecht, in Rücksicht darauf, daß solche Fahrlässigkeit durch den rechtswidrigen Angriff des Verletzten veranlaßt wurde, auch diese Ueberschreitung als straflos der maßvollen Uebung der Nothwehr gleichgestellt. Die mit absichtlicher Ueberschreitung der Nothwehr zugefügte Verletzung ist als selbständiges Verbrechen oder Vergehen nach den betreffenden gesetzlichen Bestimmungen strafbar, und die Besonderheit des Falles kann nur insoweit in Betracht kommen, als es sich, bei relativ bestimmter Strafe, um Feststellung des Strafmaßes handelt.

Von der Verletzung in Ueberschreitung der Nothwehr ist die strafbare Verletzung zu unterscheiden, welche angeblich im Falle der Nothwehr zugefügt wurde, während in Wahrheit ein Fall der Nothwehr nicht vorlag. Von einer Ueberschreitung des Maßes der Nothwehr kann da nicht die Rede sein, wo es an den Voraussetzungen der Nothwehr überhaupt fehlt, und der etwaige Einfluß eines factischen Irrthumes in Betreff dieser Voraussetzun-

---

16) Goltdammer Mat. I. S. 420. Vergl. Beseler Komment. ad §. 41. Nr. III.

gen ist hier kein anderer als der, welchen der factische Irrthum überhaupt auf Schuld und Strafe äußert.

Anmerk. 1. Die Lehre vom Exceß der Nothwehr wurde in ihrer Entwickelung natürlich bedingt durch die principielle Auffassung, welche die Nothwehr selbst in den verschiedenen Zeiten erfahren hat. Wie diese, im Gegensatze zu den einfachen und richtigen Bestimmungen der römischen Rechtsquellen erst allmälig durch die Doctrin verkünstelt wurde, so auch jene. Angelus Aretinus [1]) bestimmt den Exceß der Nothwehr insofern richtig, als er ihn, im Unterschiede vom Prätexte der Nothwehr, nur als ein Ueberschreiten des richtigen Maßes in der Ausübung der Nothwehr betrachtet, wenn er auch freilich dieses Maß selbst in ungenügender Weise feststellt. Die späteren Italiener [2]) dagegen vermischen bereits Exceß und Prätext der Nothwehr, indem sie einen Exceß auch da annehmen, wo es an einem rechtswidrigen Angriffe fehlte. Auch die Carolina unterscheidet zwar nicht allgemein und ausdrücklich den Exceß und Prätext der Nothwehr, aber es liegt dieser Unterschied ihrer casuistischen Ausführung in Art. 142 augenscheinlich zu Grunde, wenn sie hier die Fälle, in welchen die Rechtswidrigkeit des Angriffes mangelte, von denen unterscheidet, in welchen „eyner der ersten benötigung halb redlich ursach zur notweer gehabt, und doch inn der that nit alle umbstende, die zu einer gantzen „entschuldigten notweer gehören, gehalten hett." Von den deutschen Criminalisten ist zuerst zu erwähnen Berlich, welcher sehr bestimmt die Bestrafung dessen, welcher die Nothwehr vorwendet ohne sie genügend erweisen zu können, von der Bestrafung dessen unterscheidet, der im Falle erwiesener Nothwehr das rechte Maß der Vertheidigung überschritten hat [3]). Erst bei Carpzow [4]), der in dieser Beziehung zum Theil von Berlich abweicht, tritt Unklarheit und Verwirrung ein, durch welche jene nothwendige Unterscheidung nur noch insoweit hindurchschimmert, als er sich in Einzelheiten an Berlich anschließt. Gegen diese Vermischung des Excesses und Prätextes der Nothwehr, welche in verschieden gestalteter Weise sich bei den Nachfolgern Carpzows fortpflanzt, opponirte zwar schon Böhmer [5]), aber auch die spätere Doctrin vermochte sich nicht von ihr frei zu ma-

1) Gloss. Et dictus Titius se defendendo.
2) Blancus Pract. criminalis. J. Clarus Sentent. lib. V. §. homicidium.
3) Conclus. XV. XVIII.
4) Practica quaest. 28. 29.
5) Observat. ad Carpz. qu. 29. n. 1. Medit. ad C. art. 142.

chen [6]). Das preußische Landrecht war es, das zuerst wieder ganz bestimmt den Exceß der Nothwehr auf die Ueberschreitung ihrer gesetzlichen Grenzen unter Voraussetzung eines wirklich vorhandenen Standes der Nothwehr beschränkte [7]). Seit jener Zeit ist zwar der Unterschied des Excesses und Prätextes der Nothwehr principiell genügend anerkannt [8]), aber fast durchgängig, vermöge der irrigen Auffassung des rechtlichen Grundes und der Voraussetzungen der Nothwehr im Einzelnen ungenügend durchgeführt worden. Darin freilich kommt man überein, daß beim Mangel eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffes überhaupt nicht von Nothwehr, und darum auch nicht von einem Exceß in Ausübung derselben die Rede sein kann, und daß ein durch den rechtlichen Zweck der Nothwehr im concreten Falle nicht geforderter, zu ausgedehnter Gebrauch der Vertheidigungsmittel stets als Exceß zu betrachten ist. Dagegen wird, wozu freilich die Carolina Veranlassung gab, die Nothwehr meist noch, wie gezeigt mit Unrecht, als ein nur ausnahmsweise und subsidiär zu übendes Recht betrachtet, das nicht geübt werden dürfe, wofern der Angegriffene Gelegenheit und Zeit hatte durch andere Mittel, namentlich obrigkeitliche Hilfe oder unschimpfliche Flucht, sich der Gefahr zu entziehen. Damit entsteht die Frage, wie eine Verletzung, welche mit Nichtbeachtung dieser Anforderung zugefügt wurde, zu bestrafen sei, und folgerecht ist es allerdings sie als eine solche zu betrachten die außerhalb des Falles rechter Nothwehr zugefügt wurde [9]), nicht aber, wie in älterer und neuster Zeit geschehen [10]), sie als einen Exceß der Nothwehr aufzufassen. Ein Exceß findet folgerecht nur statt in Bezug auf die Maßbestimmtheit im Gebrauche der Nothwehr, und zu ihr kann jene Anforderung nimmermehr gerechnet werden. Das Richtige ist aber, daß im Wesen der Nothwehr eine Verpflichtung des Angegriffenen dem wirklich vorhandenen, gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffe gegenüber jedes mögliche andere Mittel der eigenen Gewaltübung zum Zwecke der Nothwehr vorzuziehen, nicht besteht, und daß die Verletzung auch dann völlig gerechtfertigt und straflos ist, wenn sie durch andere Schutzmittel möglicherweise hätte vermieden werden können, wofern nur diese Schutzmittel nicht in dem Maße vorhanden sind, daß sie

---

6) Quistorp I. §. 244. Klein §. 276. Grolman §. 25. 139. 140. Jarke I. 145—152. Luden I. 291—304. Marezoll S. 91. Not. 3.

7) A. L. R. II. 20. §. 524.

8) Feuerbach §. 38. 39. Henke I. §. 34. Wächter I. §. 52. Abegg §. 109. Heffter §. 45. Köstlin §. 30.

9) Feuerbach, Abegg, Heffter a. a. O. Martin §. 45.

10) Carpzow Pract. l. c. Böhmer Med. ad art. 142. Köstlin §. 30.

das Dasein einer gegenwärtigen Gefahr ganz ausschließen. Hiermit stimmt jedenfalls die Auffassung des preußischen Strafrechtes ganz überein [11]). Ferner versteht es sich von selbst, daß es gleichgiltig ist, ob ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff überhaupt nicht oder nicht mehr vorhanden ist, und daß es darum unrichtig ist eine dem Angreifer lediglich aus Rache zugefügte Verletzung, indem sie den Zweck der Abwehr nach vollbrachter Rechtsverletzung des Angegriffenen nicht mehr haben konnte, als einen bloßen Exceß der Nothwehr betrachten zu wollen [12]).

Anmerk. 2. In Bezug auf die Bestrafung des Excesses der Nothwehr hat die gemeinrechtliche Doctrin von jeher daran festgehalten, daß die in solcher Weise zugefügte Verletzung nicht mit der poena ordinaria, sondern einer milderen, arbiträren Strafe zu belegen sei, da sie, wenigstens theilweis, gerechtfertigt, eben nicht ihrem ganzen Umfange nach, sondern nur soweit als sie das Maß überschreitet, gestraft werden dürfe [13]). Von der gleichen Ansicht geht das preußische Landrecht aus [14]). Im Gegensatze zum Exceß sollte dagegen nach der ältern Ansicht die unter Vorwand der Nothwehr zugefügte Verletzung mit der ordentlichen Strafe belegt werden, wofern nicht etwa die Art der Beweisführung eine mildere, arbiträre Strafe nothwendig erscheinen ließ [15]). Aber schon Berlich, obwohl er beide Fälle genau unterscheidet, läßt auch bei dem Prätexte der Nothwehr regelmäßig nur eine arbiträre Strafe eintreten [16]). Bei Carpzow und seinen Nachfolgern verwischt sich wie in der Sache selbst, so auch in der Bestrafung jener Unterschied mehr und mehr, und nur indem casuistisch die extremsten Fälle des Excesses und Prätextes einander gegenüber gestellt werden, macht sich unwillkürlich ihr Unterschied auch in der Strafe geltend [17]). Das preußische Landrecht, das diesen Unterschied sehr bestimmt hervorhebt, überläßt den Prätext der Nothwehr, ohne besondere Anordnung lediglich der Beurtheilung nach dem betreffenden Strafgesetze. Die neuere gemeinrechtliche Doctrin, obwohl sie im Ganzen sich des Unterschiedes des Excesses und Prätextes der Nothwehr wohl bewußt ist, zeigt

---

11) Beseler Komment. ad §. 41. N. 4. Ueber die entgegenstehende Ansicht Goltdammers oben.

12) Grolman §. 25. Henke I. 222. Heffter §. 44. Marezoll S. 91.

13) Angelus Aret. l. c. A. de Gandino Rubr. de defensionib. a reo fac. P. Farinacius quaest. 125. n. 396. J. Clarus l. c. Berlich, Carpzow, Böhmer a. a. O. Quistorp §. 244. Klein §. 276.

14) II. 20. §. 524.

15) Angel. Aret. Gloss. Comparent inquisiti.

16) Concl. 15.

17) Carpzow Pract. qu. 29.

in der Bestrafung beider wenig Uebereinstimmung. Was den Prätext der Nothwehr betrifft, so kommt in Betracht, daß er entweder nur ein mit Bewußtsein gebrauchter leerer Vorwand ist, in welchem Falle er natürlich gar keinen Einfluß auf die Bestrafung ausübt, oder insofern begründet ist, als der Handelnde sich irrte und wirklich im Stande der Nothwehr zu sein vermeinte. Für den letztern Fall bedarf es keiner besonderen strafrechtlichen Bestimmungen, da hier neben dem betreffenden Strafgesetze lediglich die allgemeinen Grundsätze über den Einfluß des Irrthumes in Betracht kommen. Das gilt namentlich auch für das preußische Strafrecht, das besondere Bestimmungen für den Prätext der Nothwehr nicht enthält. Für die Bestrafung des Excesses kann die Auffassung der ältern Doctrin nicht maßgebend sein, denn, abgesehen von dem veralteten Unterschiede der poena ordinaria und arbitraria, läßt sich von dem Uebermaße das rechte Maß nicht in der Art abziehen, daß nur der Rest bestraft würde. Unter welchen Gesichtspunkt soll die Handlung gestellt werden, wenn man von der Tödtung die Verwundung, als das in diesem Falle rechte Maß der Nothwehr, abzieht? Der Exceß der Nothwehr wird also immer zunächst, ohne Rücksicht auf die Nothwehr, unter das betreffende Strafgesetz zu subsumiren sein. Daß aber ferner bei der Frage nach dem Maße der Strafe der Rücksicht auf das Handeln in rechter Nothwehr ein Einfluß zu gestatten sei, liegt auf der Hand. Das preußische Strafrecht, indem es für die Bestrafung des Excesses der Nothwehr keine besonderen Anordnungen enthält, gewährt dem Richter nur die Möglichkeit die Nothwehr so weit zu berücksichtigen, als es die relativ bestimmte Strafe oder die gesetzlich zulässige Annahme von Milderungsgründen zuläßt. Das Bedenken, daß ein absolut bestimmtes Strafgesetz, das auch Annahme von Milderungsgründen nicht gestattet, wie dies z. B. bei der Tödtung der Fall ist, jede Berücksichtigung der Nothwehr unmöglich machen würde, wird dadurch beseitigt, daß bei Tödtung und Verwundung für den Exceß der Nothwehr wohl stets die besonderen und hierfür ganz angemessenen Bestimmungen der §§. 177. und 196., obwohl sie zunächst nicht von Nothwehr handeln, anwendbar erscheinen werden. Jedenfalls scheint bisher in der Praxis die Bestrafung des Excesses zu keinen Bedenklichkeiten Anlaß gegeben zu haben. Für angemessener wird es aber immer zu erachten sein, wenn das thüringsche Strafgesetzbuch für den Exceß der Nothwehr ganz allgemein eine Milderung der Strafe anordnet.

In Betreff der Straflosigkeit eines aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken begangenen Excesses ist zu bemerken, daß es wohl nicht auf eine besondere Erforschung des so bezeichneten Gemüthszustandes, sondern nur

darauf ankommt, daß ein Exceß aus Fahrlässigkeit, welche ihren Grund in dem durch den Angriff hervorgerufenen Gemüthszustande überhaupt hatte, vorliege [18]).

d. Der Nothstand.

§. 68. Bedingungsweise entzieht endlich auch der Nothstand einer beschädigenden Handlung den Character der criminellen Rechtsverletzung. Ein Nothstand tritt aber ein, wenn zwei verschiedene selbständig neben einander stehende Berechtigungen thatsächlich in das Verhältniß zu einander getreten sind, daß die eine nur durch die Verletzung der andern zu bestehen vermag. Eine in solchem Falle zur Rettung des einen begangene Verletzung des andern Rechtes enthält unter bestimmten Voraussetzungen kein criminelles, strafbares Unrecht in sich. Diese Voraussetzungen sind 1) daß die fragliche Rechtsverletzung wirklich das alleinige Mittel der Erhaltung eines andern Rechtes war, und 2) daß die Rechtsverletzung zu dem Zwecke stattfand, um das Recht selbst in dem unter der gegebenen factischen Voraussetzung größtmöglichen Umfange zu erhalten, d. h. also daß ein qualitativ höheres Recht auf Kosten des niedern, oder ein quantitativ umfangreicheres auf Kosten des qualitativ gleichen aber quantitativ geringern, oder mindestens ein qualitativ und quantitativ gleiches Recht auf Kosten des andern erhalten werde. Unter solcher Voraussetzung ist aber die That ein criminelles Unrecht darum nicht, weil der Handlung die dem criminellen Unrechte durchaus wesentliche Entgegensetzung gegen das Recht an sich, gegen die Rechtsordnung fehlt. Vielmehr enthält sie lediglich eine Entgegensetzung gegen die subjective Berechtigung des Beschädigten, und erscheint also als ein civiles Unrecht, das, soweit im besondern Falle davon die Rede sein kann, zum Schadensersatze verpflichtet.

Anmerk. 1. Den gemeinrechtlichen Quellen ist die Bedeutung des Nothstandes und der Grundsatz, daß die im Nothstande begangene Rechts-

---

18) Temme Lehrb. S. 215.

verletzung straflos sei, genügend bekannt. Das römische Recht erwähnt also solche im Nothstande begangene Handlungen, namentlich die Beschädigung oder Vernichtung fremden Eigenthums zum Schutze gegen drohende Feuersgefahr, und zur Rettung des Schiffes bei Seegefahr, so wie die Bestechung, um sich der Todesstrafe zu entziehen [1]). Die strafrechtliche Doctrin hat sich dagegen von jeher in Betreff des Nothstandes weniger an das römische Recht als vielmehr an die betreffenden Bestimmungen des canonischen Rechtes angelehnt. Dieses spricht einerseits den allgemeinen Grundsatz der Straflosigkeit der im Nothstande begangenen Rechtsverletzung aus, andrerseits gedenkt es desselben in Rücksicht auf den besondern Fall des im Nothstande begangenen Diebstahls, indem es in dieser Beziehung auf das Unsittliche einer strengen Exclusivität des Privateigenthums an den von Gott allen Menschen gemeinsam verliehenen Gütern hinweist [2]). Auf diesen Bestimmungen des canonischen Rechtes beruht augenscheinlich der Art. 116 der Carolina über den in rechter Hungersnoth begangenen Diebstahl. Wenn sie sich nicht unbedingt für die Straflosigkeit desselben entscheidet, aber offenbar im geeigneten Falle die Möglichkeit derselben nicht ausschließen will, so spiegeln sich darin die Zweifel der Doctrin wieder, ob die Straflosigkeit ebenso wie im forum conscientiae auch in foro contentioso anzuerkennen sei, und ob sie nicht durch den spätern Schadenserfatz bedingt werde, wozu c. 3. X. de furt. die Veranlassung gab [3]). Die sächsischen Criminalisten erkennen den Nothstand in der Regel nur als Grund der Strafmilderung, ausnahmsweise aber auch als Grund der Straflosigkeit an, stehen aber auch nicht an, den Art. der Carolina nach der ratio legis ausdehnend zu erklären, und Berlich namentlich spricht allgemein die Verpflichtung des Diebes zum Schadensersatz aus [4]). In gleicher Weise entscheidet sich Matthäus dahin, daß auch die im Nothstande begangene Handlung nicht aufhöre Rechtsverletzung zu sein, wenn auch vermöge des Nothstandes die Strafe ausgeschlossen oder gemildert werde [5]). Schon früh aber wurde die Frage nach der criminalistischen Be-

---

1) L. 3. §. 7. D. de incend. 47, 9. L. 49. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. L. 7. §. 4. D. quod vi aut clam, 43, 24. L. 29. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9, 2. L. 14. pr. D. de praesc. verb. 19, 5. T. D. de leg. Rhod. 14, 2. L. 1. D. de bon. eor. qui ante. 48, 21.

2) C. 4. X. de R. J. 5, 41. C. 3. X. de furt. 5, 18. C. 8. §. 3. 4. Dist. 47.

3) Covarruvias cap. Peccatum. II. §. 1. n. 3. J. Clarus §. furtum. Cf. Damhouder c. 110. n. 37. 38.

4) Berlich V. concl. 44. n. 42 sq. Carpzow qu. 83. n. 40 sq.

5) Matthaeus ad Tit. D. de furt.

deutung des Nothstandes auch vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus erörtert. H. Grotius faßt wieder zunächst den Fall des Diebstahls in Hungersnoth ins Auge, indem er die Straflosigkeit desselben dadurch rechtfertigt, daß er im Nothstande die ursprüngliche naturrechtliche Gütergemeinschaft wieder aufleben läßt, die Uebung dieses Nothrechtes aber dahin beschränkt, daß es nur im äußersten Falle zulässig sei, nicht gegen den in gleicher Lage Befindlichen geübt werden dürfe, und zum Ersatz verpflichte [6]). Puffendorf dagegen faßt die Frage ganz allgemein und betrachtet den Nothstand als einen außerhalb der Sphäre des Rechtes liegenden, der darum die Wirksamkeit des Rechtes aufhebe, und der besonders auch im Falle der Collision gleicher Rechte z. B. des Lebens zweier Personen anzuerkennen sei [7]). Im 18. Jahrhundert standen sich hauptsächlich zwei verschiedene Auffassungen gegenüber, indem man einerseits die im Nothstande begangene Handlung mit Matthäus als eine entschuldbare Rechtsverletzung betrachtete [8]), andrerseits als Ausübung eines der Person in solchem Falle zustehenden Rechtes [9]), und hierzu kam später noch eine dritte Ansicht, nach welcher durch die höchste Noth der Vorsatz ausgeschlossen werde und die Handlung darum nicht zugerechnet werden könne [10]).

Während Kant das Nothrecht leugnet, und im Widerspruche zu seiner eigenen Begründung des Strafrechtes, die im Nothstande begangene Rechtsverletzung zwar nicht für unsträflich aber unstrafbar darum erklärt, weil das ungewisse Strafübel nie größer sein könne als das gewisse Uebel dem der Handelnde entgehen will, und weil deshalb die Furcht vor jenem die Furcht vor diesem nicht aufzuwiegen vermöge, war es Fichte, welcher consequent den Nothstand als Aufhebung der Möglichkeit der Coexistenz und damit des Rechtsverhältnisses bezeichnete [11]). Der Fichte'schen Ansicht schloß sich Grolman an, der Kantischen dagegen Feuerbach, bei welchem sie als in seiner eigenthümlichen Strafrechtstheorie vollkommen begründet erschien [12]). Beide aber betrachten zugleich bedingungsweise den durch Drohung bewirkten psychologischen Zwang als einen Nothstand, welcher die

---

6) Grotius De iure b. ac. p. II. 2. §. 6—9.
7) Puffendorf De iur. N. et G. II. 6.
8) Zigler Ad Grot. I. c. 2. §. 6. Fritsch De praesid. necessit. contra legem §. 7.
9) Wildvogel De furt. improp. p. 15. Leyser Spec. 537. med. 1—2. Böhmer Observ. ad Carpz. obs. 3. ad qu. 83.
10) Quistorp I. §. 374 flg.
11) Kant Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre XLI flg. Fichte Grundl. d. Nat. R. II. 85 flg.
12) Grolman §. 41. Feuerbach §. 91.

Strafbarkeit der in solcher Lage begangenen Rechtsverletzung ausschließe[13]). Die Ansicht Feuerbachs erlangte nicht nur bald eine sehr vielseitige Anerkennung in der Doctrin[14]), sondern insbesondere ging auch der Grundsatz, daß in Folge der Drohung bedingungsweise die Strafbarkeit ausgeschlossen oder gemildert werde, in sehr viele der neueren Strafgesetzbücher über. In der neuern Zeit hat endlich die Ansicht Hegels Verbreitung gefunden, der den Nothstand auf den Fall der Collision des Lebens mit der Vermögensberechtigung beschränkt, und für solchen Fall ein Recht behauptet, das Leben als die Voraussetzung aller Berechtigung durch Verletzung einer beschränkteren Vermögensberechtigung zu behaupten[15]). Kann nun freilich die Auffassung der älteren Criminalisten und Naturrechtsschulen so wenig maßgebend sein wie die, auf seiner eigenthümlichen Strafrechtstheorie beruhende Feuerbachs, so ist doch auch durch Hegel und seine Nachfolger die ganze Frage durchaus nicht gelöst, da er sich wesentlich darauf beschränkt, ohne jede rechtliche Begründung den an sich richtigen und von jeher anerkannten Grundsatz auszusprechen, daß das Leben als das qualitativ höhere Recht im Nothfalle dem Eigenthume vorgehe, und insbesondere gar nicht angiebt, warum das Nothrecht sich auf diesen Collisionsfall beschränken solle.

Anmerk. 2. Wenn zwar das Recht an sich mit sich selbst nie in Widerspruch und Collision gerathen kann, so ist doch ein Collisionsfall in sofern möglich als das Recht in der Form besonderer und verschiedener Rechte zum Dasein kommt. Diese Rechte und Berechtigungen stehen aber nicht bloß äußerlich und gleichgiltig neben einander, sondern selbst in einem rechtlichen Verhältnisse, und es ist die wesentliche Aufgabe des Rechtes sich nicht bloß gegen das absolute Unrecht in seinem Dasein zu behaupten, sondern auch die Collision verschiedener Rechte rechtlich zu lösen. Am wenigsten kann darum das Sprüchwort „Noth kennt kein Gebot" in dem Sinne als richtig anerkannt werden, daß Fälle eintreten könnten, in welchen das Recht sich ohnmächtig erwiese, um seiner Aufgabe: die socialen Beziehungen der Menschen sittlich zu gestalten, genügen zu können.

---

13) Eine auch der frühern Zeit nicht unbekannte Ansicht vergl. Tiraquell De poen. temp. c. 33. P. Farinacius qu. 97. n. 24.

14) Tittmann I. §. 88. 89. Schröter §. 103 flg. Martin §. 40. Henke I. 335 flg. Bauer §. 129. Soden Geist d. peinl. Gesetzg. I. §. 315. Wächter I. §. 68. N. 29. Jarke I. 181 flg. Roßhirt Entwickl. S. 202 flg. Heffter §. 40.

15) Hegel Naturr. §. 127. Abegg Lehrb. §. 107. 108. Unters. S. 107. 180. 279. 340 flg. Marezoll S. 92 flg. Köstlin N. Revis. S. 596 flg. System S. 112 flg.

Eine solche Collision ist nun entweder von der Art, daß in Betreff desselben Objectes verschiedene Vermögensberechtigungen mit einander collidiren. Dann liegt die einfache Civilrechtsstreitigkeit vor, die dahin entschieden wird, daß das niedere abstractere Recht, z. B. das Eigenthum, dem höhern, concreteren Rechte z. B. dem an dem Eigenthumsobjecte haftenden Pfandrechte weichen muß. Diese Entscheidung ist aber eine rechtliche darum, weil alle besonderen Rechte ihre eigenthümliche Geltung und Bedeutung nur haben nicht isolirt für sich, sondern als nothwendige Glieder des gesammten Rechtsorganismus, und weil sie darum eine absolute Geltung nicht in Anspruch nehmen dürfen, ohne den Gesammtorganismus des Rechtes und damit die Grundlage ihres eigenen Daseins aufzulösen und zu zerstören. Das Eigenthum das sich als ein absolutes Recht behaupten und im Falle der Collision mit dem höhern Rechte einer andern Privatperson, mit dem der Gesellschaft und des Staates nicht mehr als ein relatives Unrecht bekennen wollte, würde damit die ganze Welt des Rechtes zerstören. Die Collision kann aber auch in der Weise eintreten, daß sie ihren Grund nicht in der Identität des Objectes verschiedener Berechtigungen, sondern in einem thatsächlichen Verhältnisse hat, vermöge dessen zwei äußerlich neben einander stehende Berechtigungen thatsächlich nicht neben einander zu bestehen vermögen. Einen solchen Fall bezeichnen wir als Nothstand, und die zu beantwortende Frage ist die: ob eine in solchem Nothstande absichtlich verübte Verletzung des einen Rechtes zum Zwecke der Erhaltung des andern, als eine strafbare Rechtsverletzung zu betrachten sei? Die Antwort ist: daß eine solche Handlung zwar stets als eine Rechtsverletzung erscheint, daß sie aber unter bestimmten Voraussetzungen straflos ist, weil und insofern ihr der Character der criminellen Rechtsverletzung fehlt.

Unterscheidet sich die im Nothstande verübte Beschädigung von der in Folge der Nothwehr begangenen wesentlich dadurch, daß im letztern Falle sich das Recht im Gegensatze zum Unrechte, im erstern aber im Gegensatze zu einem unzweifelhaften Rechte in seinem Dasein behauptet, so ist nicht einzusehen, wie die im Nothstande begangene Beschädigung je aufhören sollte eine Rechtsverletzung zu sein. Jede dem Rechte entgegengesetzte Handlung ist eben darum unrecht, nur daß es hier noch nicht genügen kann eine solche Handlung als unrecht zu bezeichnen, da es vielmehr darauf ankommt zu entscheiden, ob auch ein criminelles Unrecht, ein Verbrechen vorliegt. Unter gewissen Bedingungen ist dies nun bei der im Nothstande begangenen Rechtsverletzung nicht der Fall. Die durch das Wesen des Nothstandes gegebene Voraussetzung ist es, daß die Verletzung des einen

thatsächlich die alleinige Möglichkeit zur Erhaltung des andern Rechtes war, da im andern Falle ein Nothstand überhaupt nicht vorliegen würde. Eine fernere Voraussetzung ist es, daß das verletzte Recht im Verhältnisse zu dem zu erhaltenden als ein qualitativ niedrigeres, oder qualitativ gleiches aber quantitativ geringeres, oder wenigstens als ein qualitativ und quantitiv gleiches erscheine. Diese Voraussetzung findet ihre Rechtfertigung in Folgendem. Die Ansicht, daß der Nothstand ein außerhalb der Sphäre des Rechtes liegender Naturzustand sei, in welchem das Recht seine Wirksamkeit verliere, ist nämlich insofern richtig, als hier ein Fall vorliegt, in welchem das formelle Recht mit dem Wohle der Menschen in einem Conflicte ist, welcher nur durch eine Verletzung des formellen Rechtes, nicht aber wie der Civilrechtsstreit durch eine formell rechtliche Entscheidung gelöst werden kann. Aber das Recht ist seinem Wesen nach nicht etwas vom Wohle Verschiedenes oder ihm Entgegengesetztes, sondern die sittliche Form des menschlichen Gemeinlebens, in welcher das Wohl der Menschen seine Verwirklichung finden soll. Wenn daher im Nothstande das Wohl im Widerspruche zum formellen Rechte geltend gemacht wird, so ist jene Ansicht insofern eine irrige, als sie diese Lösung des Conflictes nicht als eine rechtliche ansehen will. Sind Recht und Wohl ihrem Wesen nach identisch, so ist es eine Forderung der Gerechtigkeit, daß jener Conflict in solcher Weise gelöst werde, und eine daraus sich ergebende Forderung an das formelle Recht und positive Gesetz, daß es in der Straflosigkeit solcher Handlung ihre innere Gerechtigkeit anerkenne. Kommt es also um der Gerechtigkeit willen darauf an im Nothstande das Wohl in dem nach den gegebenen thatsächlichen Umständen größtmöglichsten Umfange zu schützen und zu erhalten, so ergiebt sich hieraus die obige Voraussetzung von selbst. Namentlich also erscheint die Beschränkung des Nothstandes auf den Fall der Collision des Lebens mit einer Vermögensberechtigung durchaus grundlos, da der Grund, welcher in solchem Falle die Verletzung des Eigenthums rechtfertigen soll, die gleiche Bedeutung und Wirksamkeit haben muß, wenn irgend ein anderes qualitativ höheres mit einem niedern Rechte collidirt, oder wenn qualitativ gleiche Rechte collidiren, sei es daß dabei ein quantitativer Unterschied stattfindet oder nicht. Der Grund aber, daß unter solcher Voraussetzung die Verletzung des einen Rechtes zur Erhaltung des andern straflos ist, liegt darin, daß diese Rechtsverletzung lediglich eine Entgegensetzung gegen die fremde, subjective Berechtigung ist, nicht aber eine Entgegensetzung der Willkür gegen die Rechtsordnung selbst, nicht ein Bruch der Gerechtigkeit. Mit einem Worte: die im wahren Nothstande begangene Verletzung des qualitativ niedern, oder qualitativ gleichen

aber quantitativ geringern, oder des qualitativ und quantitativ gleichen Rechtes ist lediglich ein civiles nicht aber ein criminelles Unrecht, und verpflichtet darum, sofern das verletzte Recht abschätzbar ist, zum Schadenersatze, zieht aber keine Strafe nach sich. Nur wenn man, wie Köstlin, den Unterschied des civilen und criminellen Unrechtes auf die unbewußte oder bewußte Entgegensetzung gegen das Recht gründet, gewinnt die Willensbestimmung des im Nothstande mit Bewußtsein das Recht Verletzenden den Schein einer verbrecherischen, deren Schuld- und Straflosigkeit in anderen Gründen gesucht werden muß. Aber so gewiß es richtig und gerecht ist, wenn Köstlin fordert, daß das Dasein der Person im Nothfalle auf Kosten eines beschränkteren Rechtes erhalten werde, so liegt darin doch nicht der Grund der Straflosigkeit, sondern nur eine Voraussetzung, unter welcher die Willensbestimmung des Handelnden nicht als verbrecherisch erscheint. Weil im Falle der Eigenthumsbeschädigung zur Rettung des Lebens eines Menschen im Handelnden die dem Eigenthume an sich, der Institution des Eigenthums sich entgegensetzende Willensbestimmung, worin allein das criminelle Unrecht liegen könnte, durchaus fehlt, darum ist die Handlung eine straflose, erscheint als keine criminelle Rechtsverletzung, kann aber auch nicht wie die in der Nothwehr zugefügte Beschädigung als die Ausübung eines Rechtes betrachtet werden, sondern bleibt, vermöge der Entgegensetzung gegen das subjective Recht des Beschädigten, ein civiles zur Entschädigung verpflichtendes Unrecht. So wie aber jene Voraussetzung fehlt, so wie umgekehrt ein Recht auf Kosten des qualitativ höhern, oder des qualitativ gleichen aber quantitativ größern erhalten werden soll, so liegt hierin eine Entgegensetzung nicht bloß gegen die Berechtigung des Beschädigten und das formale Recht, sondern gegen die Gerechtigkeit selbst, und, wenn auch das Motiv des Handelnden Berücksichtigung bei Feststellung des Strafmaßes finden mag, so kann es doch nie Straflosigkeit begründen. In welcher Weise der Nothstand, wofern nur ein solcher in Wahrheit da ist, herbeigeführt wurde, ist an sich gleichgiltig und darum ist es nicht zweifelhaft, daß er allerdings auch durch eine Bedrohung herbeigeführt werden kann, und daß möglicherweise die in Folge einer Drohung begangene Rechtsverletzung straflos sein kann, wenn nur im gegebenen Falle wirklich die rechtlichen Voraussetzungen solcher Straflosigkeit vorhanden waren. Ebenso ist es gleichgiltig, ob die im wahren Nothstande begangene Rechtsverletzung vom Handelnden im Interesse des eigenen Rechtes und Wohles oder in dem einer andern Person vorgenommen wurde, und wenn die Noth dringlicher erscheinen mag, wofern es sich darum handelt, die eigenen Angehörigen aus der Gefahr zu

retten, so ist doch kein Rechtsgrund vorhanden, um, wie es neuere Strafgesetzgebungen gethan haben, einen die Straflosigkeit der Rechtsverletzung begründenden Nothstand nur bei der Gefahr für das eigene Wohl des Handelnden oder das seiner Angehörigen anerkennen zu wollen. In der Natur der Sache liegt es, daß derjenige, welcher das gefährdete fremde Recht zu retten unternimmt, selbst insoweit im Nothstande sich befinden muß, daß es für ihn kein anderes Mittel der Rettung als die Verletzung des Rechtes eines Dritten giebt. Wer also selbst vermögend ist und einen Andern vom Hungertode retten will, begeht, wenn er zu dem Zwecke das Brod eines Dritten wegnimmt, einen strafbaren Diebstahl, weil er sich selbst dem Eigenthume des Bestohlenen gegenüber durchaus in keinem Nothstande befand. Alle die Beschränkungen, welche man der im Nothstande begangenen straflosen Rechtsverletzung hat auferlegen wollen, beruhen, ebenso wie die dem Rechte der Nothwehr so vielfach aufgebürdeten, schließlich nur auf dem hier und dort unzulässigen, polizeilichen Streben möglichen Mißbräuchen vorzubeugen.

§. 69. Wenn zwar die preußische Strafgesetzgebung einen allgemeinen Grundsatz über die Straflosigkeit der im Nothstande begangenen Rechtsverletzung nicht aufgestellt hat, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß auch in Preußen eine derartige Rechtsverletzung als straflos zu betrachten ist, wofern nur im gegebenen Falle wirklich alle rechtlichen Voraussetzungen der Straflosigkeit vorhanden waren. Unter solcher Bedingung fehlt der Handlung ein wesentliches Moment des criminellen Unrechtes, und an sich bedarf es keiner besondern gesetzlichen Bestimmung darüber, daß die ein strafbares Unrecht nicht enthaltende Handlung auch nicht bestraft werden dürfe. Dagegen erkennt das preußische Strafrecht die rechtliche Bedeutung des Nothstandes in einem besondern Falle ausdrücklich an. Es erklärt in dieser Beziehung, daß eine Handlung als Verbrechen oder Vergehen nicht zu betrachten und also straflos sei, wofern jene Handlung in Folge einer Drohung begangen wurde. Sieht zwar das Gesetz die durch die Drohung vermeintlich bewirkte Aufhebung der Willensfreiheit als den Grund der Straflosigkeit an, so ist dies augenscheinlich eine irrige Auffassung, welche der gesetzlichen Bestimmung nicht etwa darum eine jede Anwendbarkeit entziehen

kann, weil die Drohung in Wahrheit niemals die Freiheit des Willens aufhebe. Es ist vielmehr das Gesetz dahin auszulegen, daß ein durch die Drohung herbeigeführter Nothstand, welcher irrig als Aufhebung der Freiheit bezeichnet wird, die rechtsverletzende Handlung straflos machen solle, weshalb auch diese Wirkung nicht einer jeden Bedrohung, sondern nur derjenigen beigelegt werden kann, welche einen wahren Nothstand verursachte, und ein Uebel drohte, das in demjenigen Verhältnisse zu der vom Bedrohten begangenen Rechtsverletzung stand, welches nach den eben entwickelten Grundsätzen allein die Straflosigkeit zu bewirken vermag. Zugleich aber ergiebt die Fassung des Gesetzes, daß durch die Erwähnung dieses besondern Falles nicht etwa für alle anderen Fälle die Wirksamkeit des Nothstandes ausgeschlossen werden sollte.

Anmerk. Die Strafgesetzgebung des Landrechtes (II. 26. §. 1115.) hatte des Nothstandes nur bei Gelegenheit des Diebstahles gedacht, und ihn als einen nicht durch den Richter, sondern nur auf dem Wege der Gnade zu berücksichtigenden Fall behandelt. Bei der Redaction des Strafgesetzbuches wurde dagegen von Anfang an die Drohung bedingungsweise als ein die Strafe ausschließender Grund anerkannt, und zwar ausdrücklich in Rücksicht auf den durch sie herbeigeführten Nothstand. Daß man die Drohung als einen die Freiheit des Willens aufhebenden Umstand bezeichnete, hatte seinen Grund in der Feuerbachschen Ansicht, welcher sich die Redactoren anschlossen. Wenn nämlich nach Feuerbach der Grund der Straflosigkeit der im Nothstande begangenen Rechtsverletzung darin liegt, daß die Vorstellung des drohenden Uebels eine größere Furcht erweckt als der Gedanke an die gesetzliche Strafe, so kann man allerdings sagen, daß durch die Drohung das Maß der Willensfreiheit aufgehoben wird, welches erforderlich ist, damit das Strafgesetz durch seine Drohung auf den Willen die entsprechende Wirksamkeit übe. In den weiteren Stadien der Redaction wurde zwar die Fassung der auf die Drohung sich beziehenden gesetzlichen Bestimmung mehrfach geändert, dagegen die aus der Feuerbachschen Strafrechtstheorie herstammende irrige Ansicht beibehalten. Ebenso verschwand schließlich aus dem Strafgesetzbuche eine dem hannoverschen Strafgesetzentwurfe nachgebildete allgemeine Bestimmung über die Wirkung des Nothstandes [1]). Was nun zunächst die practische Anwendung des §. 40.

1) Goltdammer Mat. I. S. 370 flg. Beseler Komment. S. 174 flg.

des Strafgesetzbuches in Betreff der Drohung anbelangt, so wird man, wie gesagt, der irrigen Ansicht über die Aufhebung der Willensfreiheit kein solches Gewicht beilegen können, daß durch sie dieser gesetzlichen Bestimmung jede Wirksamkeit entzogen würde. Nach bekannten Regeln der Gesetzauslegung ist zuvörderst das Gesetz so zu interpretiren, daß ihm seine vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirksamkeit gesichert bleibt, und diese ist hier die Straflosigkeit der betreffenden Rechtsverletzung, mag immerhin das den Gesetzgeber leitende Motiv ein wissenschaftlich unhaltbares sein. Von Bedeutung ist dagegen die fernere Frage, ob durch §. 40. nur dem durch vis compulsiva herbeigeführten Nothstande, mit Ausschluß jedes andern Falles, die Wirksamkeit eine rechtsverletzende Handlung straflos zu machen, hat beigelegt werden sollen? In dieser Beziehung muß die Bestimmung über die Drohung im Zusammenhange mit den übrigen im §. 40. angeführten Gründen der Aufhebung der Willensfreiheit und Strafbarkeit betrachtet werden. Daß nun der allerdings nicht glücklich gefaßte §. 40. nicht alle anderen in ihm nicht namhaft gemachten Gründe der Aufhebung der Willensfreiheit ausschließen soll, ergiebt ebenso seine Entstehungsgeschichte, wie es bisher von der Doctrin und Praxis allseitig anerkannt worden ist [2]). So wenig es also dem Gerichte benommen ist in die an die Geschworenen zu stellende Frage einen andern nicht im Gesetze genannten Aufhebungsgrund der Willensfreiheit aufzunehmen, oder auch die Frage nach der Willensfreiheit ganz allgemein ohne Anführung eines besondern Aufhebungsgrundes zu stellen [3]), eben so wenig ist es ausgeschlossen im Sinne des §. 40. außer der Drohung jeden andern Fall des Nothstandes als Aufhebungsgrund der Willensfreiheit und der Strafbarkeit zu betrachten.

II. Die sittliche Schuld.

§. 70. Die im Verbrechen enthaltene sittliche Schuld hat ihren Quell in der Willkür, die, an sich das nothwendige Moment der Vermittelung in der wahrhaft freien, sittlichen That, sich aus dieser ihr wesentlichen, normalen Stellung loslöst und sich selbständig geltend zu machen unternimmt. Darin liegt der

---

2) Goltdammer Mat. I. S. 403 flg. Beseler Komment. a. a. O. Temme Lehrb. §. 34 flg. Vgl. die bei Oppenhoff zu §. 40. angeführten Urtheile.
3) Vgl. Art. 81. des Gesetzes vom 3. Mai 1852.

Widerspruch, daß die Willkür, ein wesentliches Moment der Freiheit, sich als das totale Wesen der Freiheit darzustellen versucht; daß sie nach einem Ziele ringt und strebt, welches sie nie zu erreichen vermag; daß sie alles was sie schafft wiederum selbst vernichten muß, um sich in ihrem Dasein zu behaupten; daß sie von der Freiheit ausgehend, um sie zu bethätigen, die Freiheit selbst, d. h. ihr eigenes, innerstes Wesen negirt. Dieser in der Innerlichkeit des Willens selbst gesetzte Widerspruch ist das Böse, die sittliche Schuld. Das Verbrechen aber ist nothwendig in jeder seiner Formen nicht nur rechtsverletzende, sondern auch sittlich schuldhafte Handlung. Der Grund davon liegt darin, daß das Recht, welches durch die verbrecherische That verletzt wird, seiner Substanz nach mit dem innern Wesen der Freiheit, gegen welche sich die sittlich schuldhafte Handlung richtet, identisch ist. Ob diese Einheit des Rechtes und der Freiheit auch für das handelnde Individuum vorhanden ist, ob es sich des Rechtes als einer Bestimmtheit seines eigenen sittlichen Wesens bewußt geworden ist, das ist freilich noch fraglich. Gleichwohl ist von diesem Bewußtsein die Existenz der sittlichen Schuld nicht abhängig, denn wenn die Freiheit niemals als ein nur Formelles von ihrem wesentlichen Inhalte, der Intelligenz, losgelöst werden kann, wenn deshalb in jeder Handlung Wollen und Wissen untrennbar eins sind, und auch das Wissen eine sittliche Bedeutung hat, so ist es auch eine erste sittliche Pflicht des Individuums sein rechtliches Bewußtsein und Gewissen zu entwickeln, so daß ein Mangel in dieser Beziehung selbst als eine sittliche Schuld erscheint. Es ist ferner eben so fraglich, ob jene Einheit von Recht und Freiheit, welche die Voraussetzung der sittlichen Schuld des Verbrechers bildet, auch im einzelnen, positiven Strafgesetze vorhanden sein, mit anderen Worten, ob auch das Gesetz als ein an sich gerechtes erscheinen wird. Aber auch abgesehen von der mangelnden Berechtigung des Verbrechers sein subjectives Urtheil über die innere Gerechtigkeit des Gesetzes durch die gesetzwidrige That zur allgemeinen, positiven Geltung zu bringen, darf seine sittliche Schuld nicht als eine durch den Inhalt des Gesetzes bedingte angesehen werden. Kann das Recht sein Dasein und seine

Wirksamkeit nur in der Form der Endlichkeit und Positivität gewinnen, so ist nothwendig auch der Gehorsam gegen das Recht in seiner endlichen, unvollkommenen Gestalt, gegen das positive Gesetz, nicht bloß eine rechtliche, sondern auch sittliche Pflicht, und die gesetzwidrige Handlung zugleich eine unsittliche.

§. 71. Hat zwar die sittliche Schuld ihren Quell stets in der Willkür, so ist doch, da im Bösen ebenso wie im Guten eine fortschreitende Entwickelung stattfindet, näher die Entwickelungsstufe des Bösen zu unterscheiden[1]. Hiernach tritt das Böse im Menschen zunächst auf in der Form der Sinnlichkeit, denn wenn er nicht wie das Thier durch den Instinct an bestimmte Gesetze der Führung seines natürlichen Lebens gebunden ist, oder doch sehr bald mit dem Erwachen der Willkür von ihnen frei wird, so ist die sittliche Pflicht des Menschen diese Gesetze nach Maßgabe der Erfahrung über das in dieser Beziehung Nützliche oder Schädliche, sich selbst zu bilden. Darum verfällt er der sittlichen Schuld und der natürlichen Strafe durch die eintretenden schädlichen Folgen, wenn er sich leichtsinnig und durch die Erfahrung nicht gewarnt, oder wohl gar mit Bewußtsein das Gesetz verletzend, dem sinnlichen Genusse hingiebt. Um des besondern Gebietes willen, auf welchem sich die Sinnlichkeit bethätigt, erscheint aber die aus ihr entspringende Schuld als eine ausschließlich der Moralität angehörende, die deshalb für das Strafrecht bedeutungslos ist. Eine weitere Entwickelungsstufe des Bösen ist die Selbstsucht. Sie hat nicht die unmittelbare natürliche Persönlichkeit zur Voraussetzung, sondern den Menschen, insofern er sich in seinem Selbstbewußtsein, im Unterschiede von anderen Persönlichkeiten und der ihn umgebenden sittlichen Welt erfaßt hat, und sich ausschließlich als solche besondere Persönlichkeit, alle Anderen und damit zugleich die sittliche Ordnung des menschlichen Gemeinlebens negirend, geltend macht. Die auf dem Gebiete des menschlichen Gemeinlebens sich bethätigende Selbstsucht ist darum gerade diejenige Gestalt des Bösen, in welcher die

---

1) Vgl. Rothe Ethik II. §. 483. 562 flg. 696 flg. Chalybäus Ethik I. S. 198 flg.

Rechtsverletzung und namentlich das Verbrechen auftritt, obwohl sie freilich nicht allein der Sphäre des Rechtes, sondern auch der der Moralität angehört. Wenn endlich das Böse in seiner Entwickelung auch über die Stufe der Selbstsucht hinausgehen kann zu der der Bosheit, welche den innern Unterschied der sittlichen Natur des Willens und des unsittlichen Willensactes zu tilgen, das Unsittliche selbst zum Inhalte des Gewissens zu machen und damit zu rechtfertigen sucht, so gehört diese Gestalt des Bösen, die ihren Grund nicht wie die Sinnlichkeit im Weltbewußtsein, nicht wie der Egoismus im Selbstbewußtsein, sondern im Gottesbewußtsein hat, wesentlich der Sphäre des religiösen Lebens an, und reicht damit über die des Rechtes hinaus. Gleichwohl wird im Individuum die höhere Entwickelungsstufe des Bösen sehr oft zugleich die niedere mit in sich enthalten, nur daß diese dann in der Form der höhern sich geltend macht. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß das Verbrechen oft genug aus sinnlicher Genußsucht, die sich in selbstsüchtiger Verachtung des fremden Rechtes geltend macht, hervorgehen wird, obwohl die Sinnlichkeit auch frei von Selbstsucht, gepaart mit einer sittlich werthlosen natürlichen Gutmüthigkeit oder mit der Stumpfheit, der es am Muthe zur verbrecherischen That mangelt, vorkommen kann, so wie umgekehrt der Selbstsüchtige dem sinnlichen Genusse gegenüber einer großen Strenge und Selbstbeherrschung fähig sein kann. Ebenso kann die Bosheit, welche wesentlich aus einer irreligiösen Grundanschauung erwächst, nach welcher der Mensch, jedes Gottesbewußtsein von sich abweisend, sich als ein Absolutes betrachtet, zugleich auch in der selbstsüchtigen, verbrecherischen That hervorbrechen, obwohl auch die Bosheit sich von sinnlicher Genußsucht wie vom Verbrechen frei halten kann, schon darum, weil es der Mensch auch in der Bosheit und Gottlosigkeit nie zur wirklichen Vollendung zu bringen vermag, und weil das Böse sich auch in der Inconsequenz seiner Sophistik als innerer Widerspruch offenbart.

§. 72. Für die criminalistische Zurechnung ergiebt sich hieraus Folgendes. Die Sinnlichkeit, welche als die erste und unterste Entwickelungsstufe des Bösen darum auch in dieser Bezie-

hung den niedrigsten Grad der sittlichen Schuld enthalten würde, ist, insofern sie wirklich nur als solche in Betracht kommt, für das Strafrecht bedeutungslos. Sie kann höchstens insoweit berücksichtigt werden, als sie in der verbrecherischen und darum wesentlich selbstsüchtigen That nicht bloß das Motiv überhaupt, sondern so überwiegend der Bestimmungsgrund des Handelnden war, daß vor ihm das Moment der Selbstsucht als das secundäre zurücktritt. In solchen sehr seltenen Fällen wird folgerecht ein geringeres Maß der Schuld und Strafbarkeit anzunehmen sein, während in anderen Fällen und aus anderen Rücksichten das in der Sinnlichkeit enthaltene Motiv der That die Schuld sogar zu erhöhen vermag. Die dem eigenthümlichen Wesen der verbrecherischen Schuld entsprechende Entwickelungsstufe des Bösen ist die Selbstsucht, die darum, soweit diese Entwickelungsstufe in Betracht kommt, als das normale Maß jener Schuld zu betrachten ist. Dieses Maß kann aber als ein erhöhtes erscheinen, wenn im Verbrechen der zur Bosheit gesteigerte böse Wille sich in der Art kundgiebt, daß annähernd die Selbstsucht vor der, ohne Rücksicht auf ein egoistisches Interesse sich bethätigenden, Lust am Bösen verschwindet.

Anmerk. Wenn es sich hier durchaus nicht um das erst später in seinem Einflusse auf die Schuld zu erörternde Motiv der verbrecherischen That handelt, sondern lediglich um die Gestalt, welche das Böse in seiner fortschreitenden Entwickelung im handelnden Individuum angenommen hat, so ist, wie gesagt, hier die Sinnlichkeit fast ohne alles Interesse, da sie zwar sehr vielfach als das Motiv, niemals aber als die Entwickelungsstufe des Bösen, aus welchen das Verbrechen hervorging, in Betracht kommen kann. Es würde daher auch ganz falsch sein, wenn man die Schuld des durch sinnliche Genußsucht motivirten Verbrechens im Allgemeinen als das niedrigste Maß derselben ansehen wollte. Der Fall aber, daß die sittliche Schuld einer Rechtsverletzung annähernd nur in der Sinnlichkeit lag, so daß sich der Handelnde einer selbstsüchtigen Mißachtung des Rechtes kaum bewußt wurde, wird ein seltener Ausnahmefall sein. Es gehört hierher die Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches, nach welcher eine bedeutend geringere als die gewöhnliche Strafe des Diebstahls eintreten soll, wenn Jemand Früchte, Eßwaaren oder Getränke von

unbedeutendem Werthe oder in geringer Quantität entwendet [1]). Die Voraussetzung, welche hierbei ausdrücklich hervorgehoben wird, ist der Mangel einer gewinnsüchtigen Absicht, obwohl augenscheinlich auch in solchem Falle von einem solchen Mangel nicht absolut, sondern nur annähernd die Rede sein kann. Wie bekannt ist dies eine Bestimmung, welche in analoger Weise auch die Carolina [2]) so wie das ältere deutsche Strafrecht kennt. Daß die besondere Bosheit, welche sich in der Ausführung des Verbrechens in der Art kundgiebt, daß vor ihr das selbstsüchtige Interesse und dessen Verfolgung zurücktritt, ein Grund erhöhter Strafbarkeit sei, ist von der Doctrin nie bestritten worden.

1. Die thatsächliche Bedingtheit des Willens.

§. 73. Die sittliche Schuld hat zu ihrer nothwendigen Voraussetzung, daß das Geschehene dem Handelnden in formeller Beziehung nach Maßgabe der oben entwickelten Kategorien zuzurechnen sei, mit anderen Worten, daß der Handelnde zurechnungsfähig war, und im gegebenen Falle auch wirklich frei gehandelt hat. So wenig aber die Zurechnungsfähigkeit eine Vermehrung oder Verminderung zuläßt, so gewiß ist das Maß, in welchem rücksichtlich der einzelnen Handlung der Wille des Handelnden frei oder bedingt war, ein durchaus verschiedenes. Die Möglichkeit des Wählens, die Willkür, ist es, von welcher die Möglichkeit des Handelns bedingt wird; aber wenn auch in jedem Falle, wo diese Möglichkeit gegeben war, eine sittliche Schuld stattfindet, wofern der verbrecherische Zweck gewählt und vollführt wurde, so ist doch das Maß dieser Schuld wesentlich bedingt durch das thatsächlich sich verschieden gestaltende Maß der Wahlfreiheit. Je enger der Kreis der verschiedenen Möglichkeiten, unter denen gewählt werden kann, gezogen ist, je mehr der Wille in der Freiheit seiner Bewegung thatsächlich begrenzt und bedingt ist, eine um so größere Kraft des Willens ist erforderlich, um diese Grenzen und Schranken zu durchbrechen und

1) §. 349. N. 3 (Gesetz v. 14. April 1856).
2) Art. 167.

seine sittliche Freiheit zu bewahren, und um so geringer erscheint die Schuld der verbrecherischen That, in welcher der Wille den ihn bedingenden Einflüssen unterlag.

§. 74. Die den Willen bedingenden und bestimmenden Einflüsse liegen zunächst in ihm selbst, insofern wir die Willkür und das allgemeine Wesen des Willens unterscheiden. Hiernach erscheint die Willkür in jeder ihrer Aeußerungen bestimmt durch ihre eigene sittliche Natur, die, weil sie Selbstbestimmung des Willens ist, eben darum die wahrhafte Freiheit ist, die in dem gleichen Maße wächst, in welchem sich die Willkür fortschreitend von der sittlichen Substanz des Willens bestimmen und durchdringen läßt. Umgekehrt kann aber auch die Willkür sich mehr und mehr von den bestimmenden Einflüssen des Sittlichen losmachen, sich auf sich selbst zurückziehen und damit dem Bösen verfallen, das zur wachsenden Macht im Willen wird. So gewiß aber die unsittliche That als solche eine unfreie ist, und so gewiß der Mensch mit der in ihm wachsenden Macht des Bösen sich mehr und mehr von der wahrhaften, sittlichen Freiheit des Willens entfernt, so wenig darf doch eine mit der wachsenden Unfreiheit des bösen Willens fortschreitende Verminderung der sittlichen Schuld, die schließlich zu deren völliger Tilgung führen müßte, angenommen werden. Einerseits ist diese Unfreiheit eine selbst und mit Freiheit gesetzte, die auch aus sich selbst nie zur absoluten Unfreiheit und Unzurechnungsfähigkeit führt, so daß in jeder unsittlichen That der bestimmende Einfluß des Sittlichen immer von neuem überwunden, die eigene wahre Freiheit immer von neuem negirt werden muß, und die Schuld in dem gleichen Maße wie die Sicherheit und Fertigkeit wächst, mit welcher die Willkür sich zu behaupten und die sittlichen Antriebe zu besiegen weiß. Andrerseits wächst mit der Macht des Bösen auch der durch die unsittliche That im Willen gesetzte Widerspruch, der, je größer er ist, um so dringender seine Lösung fordert, und deshalb im Schuldbewußtsein des Handelnden als sittliche Strafe wirkt, die ihm zugleich als Mittel dient, um sich von der Macht des Bösen zu befreien.

§. 75. Von einer die Schuld mindernden innern Beding-

heit des Willens kann hiernach nur insofern die Rede sein, als das Individuum zwar einerseits zur vollen Kraft des Selbstbewußtseins und der Freiheit des Wählens gekommen und darum zurechnungsfähig ist, andrerseits aber vermöge seines jugendlichen Alters noch nicht dazu gelangt ist, durch seine selbständige Bewegung in der es umgebenden sittlichen Welt sich in vollem Maße mit der Substanz des Sittlichen zu erfüllen, sein sittliches Gewissen und seinen Character zu entwickeln. Wenn daher auch der jugendliche Verbrecher die Möglichkeit der freien Selbstbestimmung hat, und darum durch die verbrecherische That eine sittliche Schuld auf sich ladet, so muß doch rücksichtlich des Maßes derselben in Betracht kommen, daß ihm nicht in gleicher Weise wie dem Menschen von gereifterem Alter die Möglichkeit gewährt war seine sittliche Thatkraft zu entwickeln, und daß sich deshalb seiner sittlichen Selbstbestimmung Hemmnisse entgegenstellten, die er überwinden konnte und sollte, die ihm aber an sich nicht als seine Schuld zugerechnet werden können. Das preußische Strafgesetzbuch [1]) hat in dieser Rücksicht allgemein angeordnet, daß der zurechnungsfähige noch nicht sechzehnjährige Angeschuldigte nie mit dem Tode, mit Zuchthausstrafe, Verlust der bürgerlichen Ehre, zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte und Stellung unter Polizeiaufsicht bestraft werden soll, während in allen übrigen Fällen nie die Hälfte des höchsten gesetzlichen Strafmaßes überschritten, wohl aber unter das niedrigste Maß derselben herabgegangen werden darf. Jedenfalls ist durch diese Bestimmung eine Berücksichtigung des jugendlichen Alters, so weit dies durch die relativ bestimmte Strafe oder die Annahme von Milderungsgründen möglich ist, auch nach vollendetem sechzehnten Lebensjahre nicht ausgeschlossen.

Anmerk. Schon das römische Recht ließ ohne Zweifel bei dem als zurechnungsfähig erachteten impubes und selbst bei dem Minorennen eine Milderung der Strafe eintreten [2]), und in gleicher Weise auch das

1) §. 43.

2) Dem bestimmten Ausspruche in L. 37. D. de minor. 4, 4. und L. 108. D. de R. J. 50, 17. gegenüber, finden die gewöhnlich angeführten scheinbar

canonische Recht[3]). Bei den italienischen Criminalisten war es niemals bestritten, daß sowohl für den impubes wie den minor eine Strafmilderung eintreten müsse[4]), wovon nur etwa bei schwereren Verbrechen eine Ausnahme gemacht wurde. Wenn die Carolina nur für den Unmündigen bedingungsweise eine Strafmilderung anordnete, so schloß sich doch in Deutschland Doctrin und Praxis entschieden der Ansicht der italienischen Criminalisten an, indem man selbst bei den schwersten Verbrechen auch für den Minorennen Strafmilderung eintreten ließ[5]), obwohl man auch schon damals sich aus den scheinbaren Widersprüchen der Quellen des römischen Rechtes schwer herauszufinden wußte. Dagegen kennt das preußische A. L. R. eine Milderung der Strafe wegen jugendlichen Alters nicht, indem der Unmündige überhaupt keine Strafe, sondern höchstens eine Züchtigung, der Mündige aber die volle Strafe erleiden soll, wogegen freilich in der Praxis und selbst in der spätern Gesetzgebung jene Züchtigung in eine gemilderte Strafe überging[6]). Den verschieden modifizirten Bestimmungen der neueren deutschen Strafgesetzbücher, welche das jugendliche Alter als Grund einer Ermäßigung der gesetzlichen Strafe anerkennen, schließt sich das preußische Strafgesetzbuch in §. 43. an. Der Grund dafür liegt nun freilich nicht in einer verminderten Zurechnungsfähigkeit, da diese überhaupt keine graduellen Unterschiede zuläßt. Vielmehr kommt hier in Betracht, daß wenn auch der Zustand der Unzurechnungsfähigkeit bereits überschritten, so doch die sittliche Entwickelung des Menschen nicht vollendet ist, sondern nothwendig ihren Fortgang hat, vermöge dessen, von Anderem abgesehen, der Mensch durch die Uebung der erlangten Freiheit die sittliche Thatkraft erlangt, die sich in jedem Momente und jedem sich darbietenden Zwecke gegenüber ihrer selbst vollkommen sicher und gewiß ist. Hebt also das jugendliche Alter zwar die Schuld der bösen That nicht auf, so läßt sie dieselbe darum doch geringer erscheinen, weil dem Schul-

---

entgegenstehenden Stellen, insbesondere auch L. 14. D. de Scto. Silan. 29, 5. ihre Erklärung darin, daß bei constatirter Zurechnungsfähigkeit das jugendliche Alter kein Grund völliger Straflosigkeit oder der Restitution sein soll.

3) C. 1. X. de delict. puer. 5, 23.

4) A. de Gandino Rubr. de penis reor. Angel. Aret. Gloss. scienter dolose. J. Clarus §. fin. quaest. 60. P. Farinac. qu. 92.

5) Carpzow Pract. qu. 62. n. 57 seq. Leyser Sp. 532. Püttmann Elem. §. 46. Koch Inst. §. 151. Quistorp I. §. 52.

6) Rescript vom 14. Febr. 1832, betreffend die gegen Personen jugendlichen Alters festgesetzten Freiheitsstrafen. Kamptz Jahrb. B. 39. S. 212. Auch bei der Redaction des neuen Strafgesetzbuches ging man von der Ansicht aus, das A. L. R. habe die Unmündigkeit nur als Strafmilderungsgrund betrachtet. So auch Goltdammer Mat. I. S. 356.

digen mit der erlangten Möglichkeit sich frei für das Gute und Rechte zu bestimmen, noch nicht in gleichem Maße die Möglichkeit, die Stärke und Festigkeit seines Characters zu entwickeln gegeben war. Aus diesem Grunde empfiehlt sich die Bestimmung anderer Strafgesetzbücher, nach welcher der Alterstermin, bis zu welchem die Jugend als Grund verminderter Strafbarkeit angesehen wird, über den Termin hinausreicht, von welchem an die Zurechnungsfähigkeit rechtlich vermuthet wird [7]). Wenn das preußische Strafgesetzbuch eine solche Bestimmung nicht enthält, so ist unzweifelhaft für einen jeden mehr als sechzehnjährigen Angeschuldigten die durch §. 43. angeordnete Strafmilderung ausgeschlossen, wogegen es eben so wenig zu bezweifeln ist, daß im concreten Falle auch bei einem mehr als sechszehn Jahr alten Angeschuldigten das jugendliche Alter als Strafmilderungsgrund insoweit zu berücksichtigen ist, als das Gesetz dem richterlichen Ermessen hierzu Spielraum gewährt, wobei freilich auch die alte Regel, daß die Bosheit das Alter erfüllt, beachtet werden mag. Die Bestimmung des §. 43. N. 2. hat augenscheinlich den Zweck für die absolut bestimmten Strafen eine relativ bestimmte Gefängnißstrafe eintreten zu lassen, weshalb sie unanwendbar ist, wenn die lebenslängliche Zuchthausstrafe nicht absolut, sondern nur als höchstes Maß angedroht ist [8]). Die unter 3. dem Richter gewährte Ermächtigung unter das niedrigste Maß der gesetzlichen Strafe herabzugehen, ist immerhin durch das allgemein bestimmte Minimum der betreffenden Strafart begrenzt [9]).

Die römischen Rechtsquellen gaben der ältern Doctrin Veranlassung auch das weibliche Geschlecht als Strafmilderungsgrund zu betrachten [10]). Offenbar aber geht schon das römische Recht nicht von der Ansicht aus, daß die Frau in geringerem Grade als der Mann wahrer sittlicher Freiheit und Characterbildung fähig wäre, sondern nur von der Ansicht, daß der Frau leichter als dem Manne eine Unkenntniß des positiven Gesetzes verziehen werden kann, eine Rücksicht, die für das Strafrecht fast völlig bedeutungslos ist. Die neuere Doctrin und Gesetzgebung weiß von einer solchen Berücksichtigung des weiblichen Geschlechtes nichts [11]). Noch weniger kann das hohe Alter als ein Grund der Strafmilderung [12]), sondern höch-

7) Braunschw. Crim. Gb. §. 60. Sächs. Crim. Gb. Art. 62. Würtemb. Stgb. Art. 96. Thüring. Stgb. Art. 58. Hannov. Crim. Gb. Art. 99. 100.

8) Vgl. die Entscheidungen bei Oppenhoff zu §. 45.

9) Oppenhoff a. a. O.

10) Tiraquell De poen. temp. c. IX.

11) Vgl. Kleinschrod II. S. 137. Tittmann §. 127.

12) Tiraquell l. c. c. VIII. Vgl. Kleinschrod II. S. 136.

stens als Grund der Straflosigkeit wegen der in Folge des marasmus senilis eingetretenen Unzurechnungsfähigkeit in Betracht kommen.

§. 76. Der den Willen in seiner Wahlfreiheit beschränkende Einfluß kann ferner ein vom Willen selbst völlig unabhängiger, rein äußerlicher sein. Wir bezeichnen ihn, insofern er von einem Menschen ausgeht, als Drohung, insofern er von den Mächten der Natur geübt wird, als Noth. Drohung und Noth sind daher zu unterscheiden von dem die Freiheit und Zurechenbarkeit aufhebenden Zwange, indem sie zwar den Kreis der Möglichkeiten, unter denen gewählt werden kann, beschränken und darum das Maß der Schuld verringern, aber diese nicht aufheben, da sie immerhin eine wenn auch beschränkte Wahlfreiheit übrig lassen. Ebenso ist hier ferner der Fall auszuschließen, in welchem durch Drohung oder Noth ein wirklicher Nothstand herbeigeführt wird [1], indem dieser zwar nicht die Zurechenbarkeit der Handlung als einer Rechtsverletzung aufhebt, wohl aber dieser den Character des criminellen Unrechtes entzieht. Wenn das preußische Strafgesetzbuch nur der Drohung insoweit gedenkt, als sie einen das criminelle Unrecht der Handlung tilgenden Nothstand bewirkt, so kann eben deshalb um so weniger bezweifelt werden, daß es indirect zugleich einen die Wahlfreiheit beschränkenden und die Schuld mindernden Einfluß der Drohung anerkennt.

Anmerk. Von jeher ist die Drohung und die Noth, insoweit es sich nicht vom Nothstande handelte, mehr von der Praxis als von der Doctrin berücksichtigt worden. Schon die italienischen Criminalisten gedenken der Drohung und Erregung von Furcht nur sehr selten als eines die Schuld mindernden Grundes, und berühren sie meist nur bei Gelegenheit der Nothwehr oder des Nothstandes. Gleichwohl bezeichnet es Clarus [2]) als communis opinio, daß die Furcht, die er mit dem Zwange zusammenstellt, von aller Strafe befreie, wogegen Tiraquell [3]) ganz richtig geltend macht, daß die Drohung zwar die Schuld mindere, aber nicht aufhebe, da auch die Willensfreiheit durch sie nicht aufgehoben werde. Auch

1) Vgl. oben §. 68.
2) Clarus §. fin. qu. 60.
3) L. c. c. 36.

Carpzow erwähnt die Drohung nur sehr beiläufig, indem er practische Beispiele dafür anführt[4]). Größere Aufmerksamkeit hat die neuere Doctrin der Drohung zugewendet, seitdem Feuerbach und die Vertreter der Abschreckungs- und Präventions-Theorie überhaupt in der Drohung einen Grund der Straflosigkeit insofern erblickten, als das angedrohte Uebel die Wirksamkeit des Strafgesetzes und seiner Drohung paralysire, woraus sich folgerecht die weitere Frage ergab, wie die Drohung beschaffen sein müsse, um die Strafbarkeit aufzuheben[5]). Hier aber handelt es sich darum, daß durch die Drohung und durch die Noth überhaupt die Wahlfreiheit thatsächlich beschränkt und deshalb die sittliche Schuld gemindert wird. Daß nun die Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches §. 40., nach welcher bedingungsweise eine Ausschließung der Willensfreiheit durch Drohung angenommen werden soll, geradezu falsch ist[6]), und in welchem Sinne ihm eine Wirksamkeit zugestanden werden muß, ist bereits angegeben[7]). Jedenfalls folgt hieraus, daß es ganz im Geiste des Gesetzes ist in Folge der Drohung oder der ihr gleichstehenden Noth eine die Schuld mindernde Beschränkung der Wahlfreiheit anzunehmen. In wie weit die preußische Praxis dies Moment berücksichtigt, ergiebt sich aus den verhandenen Mittheilungen darum nicht, weil es sich hier um eine Frage handelt, die im Unterschiede von der nach einem durch die Drohung bewirkten Nothstande, nur durch den Richter, nicht durch die Geschworenen zu beantworten ist[8]).

§. 77. **So nothwendig eine dem Willen von außen kommende Beschränkung seiner Wahlfreiheit die Schuld der verbrecherischen That mindert, so wenig vermag dies die aus der Innerlichkeit des Willens und der in ihm herrschenden Macht des Bösen entspringende Bedingtheit desselben, weil diese Bedingtheit eine selbstverschuldete ist. Das sittliche Verderben, das mit relativer Nothwendigkeit immer von Neuem das Böse aus sich erzeugt, kann sich aber im Individuum nicht bloß durch eigene Verschuldung entwickeln, sondern auch durch die mitwirkende Schuld anderer Menschen, so daß in Folge hiervon äußere und innere**

---

4) Pract. crim. qu. 18. n. 57 sq. Cf. Böhmer ad Carp. qu. 18. obs. 10.
5) Feuerbach §. 91. Tittmann §. 88. Henke I. 335 flg. Grolman §. 41. Wächter I. §. 68. Jarke I. 181 flg. Vgl. oben §. 68.
6) Temme Lehrb. §. 43.
7) Oben §. 69.
8) Oppenhoff zu §. 40. N. 4. Nur sollte in solchen Fällen nicht von verminderter Zurechnungsfähigkeit die Rede sein.

Beschränkung der Wahlfreiheit in ein eigenthümliches Mischungsverhältniß und in Wechselwirkung treten. Die sittliche Schuld der Individuen bewirkt nothwendig zugleich eine unsittliche Gestaltung des gesellschaftlichen Zustandes, die sich überall und zu allen Zeiten in höherm oder geringerm Grade eben so sicher kund geben wird als die Menschen sündigen. Ist das Individuum in seiner sittlichen Entwickelung vor allem auf die es umgebende sittliche Welt und deren Einflüsse hingewiesen, so ist das Böse in ihm, aus dem die einzelne verbrecherische That entspringt, allerdings nicht bloß sein eigenes Werk, sondern auch das der Familie, der gesellschaftlichen, rechtlichen, staatlichen, religiösen Gemeinschaft, in der es aufwuchs. Andrerseits ist jede sittliche Entwickelung der Gesammtheit und der gesellschaftlichen Institutionen nur dadurch möglich, daß jeder Einzelne die Kraft und Fähigkeit hat aus sich selbst über die gegebenen Zustände in seiner Versittlichung hinauszugehen und damit zugleich versittlichend auf Andere und auf die gesellschaftlichen Institutionen zurückzuwirken. Insbesondere ist es der rechtliche Verkehr der Menschen, in welchem sich das Sittliche als Sache der practischen Nothwendigkeit und des individuellen Interesses aufdrängt, der den Einzelnen den gegebenen Zuständen gegenüber zur fortschreitenden Versittlichung befähigt [1]).

Für die criminalistische Zurechnung ergiebt sich hieraus Folgendes. Die Strafgesetzgebung stellt, als ein Ergebniß der eigenthümlichen gesellschaftlichen Zustände ihrer Zeit, an das Individuum im Allgemeinen keine Anforderung, der es nicht auf der Basis eben dieser Zustände zu genügen vermöchte, und sie selbst vermöge ihres Daseins und ihrer Handhabung gewährt dem Individuum die Mittel den entsittlichenden Einflüssen der gesellschaftlichen Zustände gegenüber seine sittliche Freiheit zu bewahren. Der Verbrecher kann daher im Allgemeinen die sittliche Schuld seiner That, durch welche er sich unter das Niveau der sittlichen Zustände seiner Zeit stellte, statt über sie hinaus fortzuschreiten, nicht von sich auf die Gesellschaft ganz oder zum

---

1) Vgl. Chalybäus Ethik I. §. 57.

Theil abwälzen. Wohl aber wird es nicht selten geschehen, daß das Individuum in seiner sittlichen Entwickelung weit hinter demjenigen durchschnittlichen Maße derselben, das in der Strafgesetzgebung der Zeit seinen Ausdruck fand, zurückblieb, weil es in eng begrenzten Lebensverhältnissen, die seine intellectuelle und damit auch sittliche Bildung hemmten, aufwuchs, oder weil es unter dem verderblichen Einflusse einer entsittlichten Familie, schlechten Beispiels, mangelnder oder verkehrter Erziehung stand. Kann auch unter solcher Voraussetzung die sittliche Schuld der verbrecherischen That aus den angegebenen Gründen nicht geleugnet werden, so kommt doch in Betracht, daß die Willensfreiheit thatsächlich durch die Macht des Bösen, die mindestens zum Theil vom Handelnden nicht verschuldet ist, bedingt war, und daß darum, wo jene Voraussetzungen im concreten Falle erwiesen sind, ein geringeres Maß der Schuld anzunehmen ist.

Anmerk. Die bekannten Grundsätze des römischen Rechtes über die Privilegien der rustici waren schon früh Veranlassung die rusticitas wenigstens bei einzelnen Verbrechen als Milderungsgrund zu betrachten [2]), und besonders waren es die Canonisten, welche sie bei den kirchlichen Verbrechen berücksichtigten [3]). Ihnen schließen sich die sächsischen Criminalisten an, die der rusticitas gleichfalls besonders bei der Blasphemie und Häresie gedenken [4]). Erst im 18. Jahrhundert suchte man diesen Grundsatz in allgemeiner Weise zu fassen und näher zu begründen, indem man überhaupt den durch die äußeren Lebensverhältnisse, besonders schlechte Erziehung, veranlaßten niedern Grad der intellectuellen und sittlichen Bildung als Milderungsgrund ansah und ihm eine allgemeine nicht mehr nur auf einzelne Verbrechen und Strafen beschränkte Geltung zuschrieb [5]). Die Praxis hat, wie eine Menge von Beispielen zeigt, auch bis in die neuere Zeit nicht unterlassen rücksichtlich des Maßes der Schuld die früheren Lebensverhältnisse des Thäters, seine Erziehung, intellectuelle und namentlich religiöse Bildung zu berücksichtigen, und handelt darin unzweifelhaft

---

2) Decian. V. 37. n. 62. VI. 5. n. 10. VII. 49. n. 10. Clarus §. blasph. n. 3. Farinac. qu. 20. n. 53.

3) Tiraquell l. c. c. 11.

4) Berlich IV. c. 1. qu. 107. Carpzow qu. 45. n. 43 sq.

5) Kress ad art. 179. §. 3. Böhmer ad Carpz. qu. 145. obs. 1. Quistorp I. §. 109. Kleinschrod I. §. 132—133. Tittmann I. §. 122.

ganz richtig. Wenn dagegen die neue Doctrin diesem wie manchem andern Momente der sittlichen Schuld fast gar keine Beachtung zugewendet hat, so geschah dies nicht darum, weil man seine Bedeutung leugnen wollte, sondern weil man mit Recht das frühere Verfahren, wonach eine große Zahl sogenannter Strafschärfungs- und Milderungsgründe, ohne jede genügende wissenschaftliche Begründung, einzeln aufgezählt wurde, verwarf. Es war aber nicht weniger unwissenschaftlich, wenn man sich nunmehr daran gewöhnte in der Zurechnungslehre sich lediglich auf die Kategorien der formellen Zurechnung zu beschränken, und Einzelnheiten der materiellen Zurechnung hier oder an einem andern ungehörigen Orte, nämlich bei der Lehre von der Anwendung des Strafgesetzes auf das Verbrechen unterzubringen. Das preußische A. L. R. II. 20. §. 18. hatte den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß Alles was das Vermögen eines Menschen mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln mehrt oder mindert, ebenso auch den Grad der Strafbarkeit mehrt oder mindert, und allerdings ist es ebenso richtig, daß in Betreff der einzelnen Handlung das Maß der Freiheit und das Maß, in welchem deshalb die That zur Schuld zuzurechnen ist, ein größeres oder geringeres ist, als es falsch ist von größerer oder geringerer Zurechnungsfähigkeit zu sprechen. Daß das neue Strafgesetzbuch keine derartige Andeutung enthält, kann einerseits ihm nicht zum Tadel gereichen, da es überhaupt nicht Aufgabe des Gesetzgebers ist, alle die ethischen Kategorien, die bei Beurtheilung des Verbrechens in Betracht kommen, in legale Form einzukleiden, und andrerseits kann aus dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung unmöglich gefolgert werden, daß die Praxis den betreffenden Grundsatz nicht zu berücksichtigen hätte. Darum ist es auch sehr widersinnig, wenn die neuere gemeinrechtliche Doctrin nur solche s. g. Milderungsgründe anerkennen will, welche quellenmäßig zu begründen sind.

2. Selbstbestimmung und Verführung (Theilnahme am Verbrechen).

§. 78. **Die Willkür der ihrer selbst bewußten Persönlichkeit ist die Indifferenz zwischen Gut und Böse, die Möglichkeit sich für das eine wie das andere zu entscheiden, und darum die Voraussetzung der Zurechnung überhaupt, wie der criminalistischen insbesondere. Als die inhaltsleere Möglichkeit des Wählens muß die Willkür, soll sie zur Handlung fortschreiten, in**

jedem Falle mit einem bestimmten Inhalte, mit einem Zwecke sich erfüllen, und erscheint darum stets als eine durch diesen Zweck bestimmte und bedingte. Diese Bedingtheit der Willkür gestaltet sich aber zur wahrhaften sittlichen Freiheit des Willens, wenn sie eine von der eignen Intelligenz, von der eignen sittlichen Natur des Willens ausgehende, und die Handlung darum eine sittlich pflichtmäßige ist. Die sittliche Aufgabe des Menschen ist deshalb darin nicht erschöpft, daß er durch die Entwickelung seines Selbstbewußtseins sich von der anfänglichen Naturbestimmtheit seines Willens frei mache und zur vollen Kraft der Wahlfreiheit erstarke, sondern es kommt weiter darauf an, daß er es durch Uebung erlerne überall seine Willkür durch die sittliche Pflicht bedingen zu lassen, daß er es in der Vollbringung des Guten zur Fertigkeit und vollkommnen Sicherheit bringe und die Willkür immer nur als ein Moment seiner Freiheit, als Mittel zum Zwecke gebrauche, niemals aber selbst als Zweck setze. Das volle Maß des Verdienstes der guten, wie der Schuld der bösen Handlung setzt darum das volle Maß der Wahlfreiheit voraus, das weiter durch das des Selbstbewußtseins der Persönlichkeit und der innern Unabhängigkeit von jedem bestimmenden Einflusse bedingt wird. In dem gleichen Verhältnisse, in welchem die Möglichkeit wahrer, sittlicher Freiheit wächst, wächst darum auch die Kraft der Willkür sich einseitig und selbständig im Gegensatze zu dem bestimmenden Einflusse des Sittlichen geltend zu machen, und darum steht der schuldlose Wille, der mit dem vollen Bewußtsein seiner sittlichen Pflicht und seiner Fähigkeit das Böse zu thun das Gute vollbracht hat, unendlich höher als die kindliche Unschuld, welche die gleiche Handlung bei mangelndem Bewußtsein der Pflicht wie der Möglichkeit anders zu handeln vollführte. Es ist daher eben so falsch und nicht sittlich nie den Standpunkt kindlicher Unschuld aufgeben zu wollen, als es widersinnig und unsittlich ist zu meinen, daß man erst durch eigne Vollbringung des Bösen das Gute und Pflichtmäßige erfahren und zur innern sittlichen Kraft entwickeln könne. Dagegen kommt es allerdings darauf an in allen Beziehungen und Lebensverhältnissen sich die sittliche Pflicht zum Bewußtsein

zu bringen, was freilich nicht geschehen kann, ohne zugleich in demselben Maße das Pflichtwidrige und Böse kennen zu lernen.

§. 79. Indem der Mensch in immer größerem Umfange sich der sittlichen und rechtlichen Gebote, des Gesetzes, seiner Pflicht bewußt wird, so entwickelt sich damit seine sittliche Freiheit, nicht nur weil der Wille sich mehr und mehr mit dem seinem Wesen entsprechenden Inhalte erfüllt, sondern auch weil in gleichem Maße die formelle Freiheit, die Kraft der Willkür sich steigert. Jede Pflicht, die dem Menschen entgegentritt, weckt und steigert in ihm immer von neuem das Bewußtsein seiner Individualität und seiner Unabhängigkeit von diesem Gebote selbst, durch welches die Selbstbestimmung für das Pflichtmäßige gerade erst ihren sittlichen Werth empfängt. Eben deshalb aber steigert sich zugleich eben so sehr die in der Willkür liegende Möglichkeit des Pflichtwidrigen und Bösen, oder die Pflicht und das Gesetz selbst enthält allerdings zugleich die Versuchung zum Bösen, indem es die Willkür reizt sich im Gegensatze zu ihm in ihrer Selbständigkeit geltend zu machen. Diese Versuchung ist aber eine viel mächtigere dann, wenn dem Menschen die Pflicht nicht nur als abstractes Gebot oder Verbot, sondern mit der Forderung ihrer practischen Bethätigung im concreten Falle entgegentritt, mit anderen Worten, wenn dem Menschen einerseits das Böse in der concreten Form eines bereits Beschlossenen und im Vorsatze gedankenmäßig Gestalteten, das die Befriedigung eines individuellen Interesses verheißt, sich darbietet, und andrerseits die Pflicht von ihm fordert, daß ihr ohne Rücksicht auf das individuelle Interesse genügt werde. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die böse, verbrecherische Handlung als eine beschlossene und vorgesetzte in der freien Selbstbestimmung des Einen ihren Ursprung hatte, und als eine solche, zum Zwecke der Betheiligung an der Ausführung, dem Andern entgegengebracht wird, welcher, der Versuchung erliegend, sich zur bösen, verbrecherischen Thätigkeit bestimmen, verführen läßt.

§. 80. Es ergiebt sich hiernach, daß rücksichtlich der materiellen Zurechnung ein wesentlicher Unterschied obwaltet, je nachdem die verbrecherische That und die sittliche Schuld dersel-

ben ihren Ursprung in der freien Selbstbestimmung des Thäters hatte, oder in der eines andern Menschen, durch welchen er sich zu und in seiner verbrecherischen Thätigkeit bestimmen und verführen ließ. Liegt in dem Umstande, daß der Thäter sich nicht durch seine Pflicht, sondern durch den bösen Willen eines andern Menschen zu seiner Thätigkeit bestimmen ließ, gerade seine sittliche Schuld, die auch in der Rücksicht in vollem Maße bestehen bleibt, daß in der Verführung, wenigstens an sich, eine Beschränkung der Wahlfreiheit durchaus nicht enthalten ist, so kann auch die Verführung, wie sie immer gestaltet und wie verführerisch sie sein mag, niemals die Schuld selbst aufheben. Dagegen erscheint nothwendig die Schuld dessen, der den verbrecherischen Entschluß in freier, schöpferischer Weise in sich hervorbrachte, größer als die Schuld dessen, der dem Gesetze in seiner abstracten Form gehorsam, erst dann der Schuld verfiel, als die bereits gedankenmäßig gestaltete verbrecherische That ihn verführte. Ist dies bei der Betheiligung mehrerer Personen an der Ausführung desselbigen Verbrechens rücksichtlich der Schuld die entscheidende Norm, so kommt doch allerdings zugleich eine Rücksicht der formellen Zurechnung insofern in Betracht, als es sich fragt: in wie weit der durch die Thätigkeit mehrerer Personen herbeigeführte Erfolg dem Einzelnen zuzurechnen sei? Im Allgemeinen entscheidet hier der oben entwickelte Grundsatz, daß zur Absicht dem Thäter nicht bloß das anzurechnen sei, was er durch seine Thätigkeit unmittelbar hervorbrachte, sondern auch dasjenige, was er mittelbar bewirkte, indem er absichtlich andere natürliche oder menschliche Kräfte in Bewegung setzte. Es kommt daher hier nur darauf an jene allgemeine Regel im Einzelnen durchzuführen.

Anmerk. Es ist, nach der herkömmlichen Bezeichnung, die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, concursus ad delictum, die hier näher zu entwickeln ist. Wenn in dieser Lehre insoweit Uebereinstimmung herrscht, daß es die Kategorien der Urheberschaft, Beihilfe, Anstiftung, Miturheberschaft sind, auf deren Feststellung es wesentlich ankommt, so herrscht doch um so weniger Uebereinstimmung in der wissenschaftlichen Begründung derselben. Es soll nicht geläugnet werden, daß die Doctrin,

namentlich in neuerer Zeit, auch in dieser Lehre sehr Verdienstliches geleistet hat, aber eine feste Basis hat sie ihr noch immer nicht gegeben, und zwar aus dem Grunde, weil man sich nicht klar geworden ist, daß hier zwei durchaus verschiedene Momente der Zurechnung zusammentreffen. Hat sich in neuerer Zeit nun die formelle Zurechnung eine feste und selbständige Stellung im Systeme errungen, während die Kategorien der materiellen Zurechnung nur beiläufig und zerstreut im allgemeinen wie im besondern Theile berücksichtigt werden, so hat man sich denn auch gewöhnt die bedeutsame Lehre von der Theilnahme, der man eine vollständigere Entwickelung nicht versagen konnte, in die Lehre von der formellen Zurechnung einzuordnen. Für diese sind nun allerdings die aus der Theilnahme am Verbrechen sich ergebenden Unterschiede von großer Bedeutung, nur ist nicht einzusehen, wie hier neben der Lehre vom dolus und der culpa, die von der Theilnahme eine selbständige Stellung gewinnen soll, da sie vielmehr nur als eine Exempflification der Grundsätze über die Zurechnung des dolus erscheinen könnte. Bei allen Arten der Theilnahme handelt es sich rücksichtlich der formellen Zurechnung nur um die eine Frage: was einem jeden der Theilnehmer als das von ihm Beabsichtigte und Vollbrachte zugerechnet werden könne? Will man sich hier mit dem einfachen Grundsatze, daß dem Handelnden der beabsichtigte Erfolg nicht bloß insoweit zuzurechnen ist, als er im Willen und der Thätigkeit des Handelnden seine unmittelbare Ursache hatte, sondern auch insoweit, als er nur mittelbar durch diese Thätigkeit, unmittelbar durch die absichtlich in Bewegung gesetzten mitwirkenden natürlichen wie menschlichen Kräfte hervorgebracht wurde, so würde man folgerecht, neben der selbständig behandelten Lehre von der Theilnahme, weiter auch noch in einem besondern Kapitel die Frage: wie weit die Wirksamkeit natürlicher Mächte dem Handelnden zuzurechnen sei, erörtern müssen. Mit einem Worte: wenn es in der Lehre vom dolus sich nur darum handelt, was zur Absicht zuzurechnen, und was von ihr als culpa oder Zufall auszuschließen sei, so ist es absolut dieselbige Frage, die in Betreff der formellen Zurechnung bei der Theilnahme in Betracht kommt, und darum haben die aus ihr sich ergebenden Kategorien hier durchaus keine eigenthümliche und selbständige Bedeutung. Eine solche gewinnen sie vielmehr nur auf dem Gebiete der materiellen Zurechnung rücksichtlich der Frage: ob das Böse, die sittliche Schuld aus der Selbstbestimmung des Thäters hervorging, oder ob er durch das im verbrecherischen Entschlusse eines andern Menschen bereits vorhandene Böse, sich zu seiner schuldhaften Thätigkeit hat bestimmen, verführen lassen. Es versteht sich von selbst, daß hier wie überall die materielle Zu-

rechnung die Frage nach der formellen zu ihrer Voraussetzung hat, und darum mag diese letztere im Allgemeinen in der Lehre vom dolus schon beantwortete Frage, immerhin hier noch im Einzelnen berücksichtigt werden. Wenn auch Berner [1]), der herrschendeu Ansicht folgend, die Lehre von der Theilnahme vom Gesichtspunkte der formellen Zurechnung aus construirt, so ist er doch der Einzige, welcher sich unwillkürlich genöthigt gesehen hat in einem Punkte auf ein ganz anderes Gebiet überzugreifen. Bei dem Wesen der Bande reichen ihm die Kategorien der formellen Zurechnung, nach denen die Theilnehmer am Complotte zu beurtheilen sind, nicht aus, und er legt hier alles Gewicht auf die eigenthümliche Gestaltung der sittlichen Schuld. Um so näher hätte ihm die Einsicht gelegen, daß es in der ganzen Lehre eben auf dieses Moment ankommt.

§. 81. Für die Gestaltung der Schuld mehrerer Theilnehmer am Verbrechen ist es in formeller wie materieller Beziehung bedeutungslos, ob die Theilnahme insofern eine zufällige war, als das betreffende Verbrechen seiner Natur nach auch nur von einem Thäter hätte begangen werden können, oder ob die Theilnahme darum nothwendig war, weil das Verbrechen, wie Duell, Ehebruch, Incest, wesentlich nur durch mehrere Theilnehmer begangen werden kann. In beiden Fällen ist formell wie materiell die Schuld der Theilnehmer nach den gleichen Grundsätzen zu beurtheilen.

Anmerk. Die ältere Doctrin hat eine Reihe von Unterscheidungen der Theilnahme z. B. concursus antecedens, concomitans und subsequens, concursus positivus und negativus u. s. w. aufgestellt, die für das Wesen der Sache bedeutungslos hier übergangen werden können. Aber nicht minder bedeutungslos ist der obige Unterschied des concursus facultativus und necessarius. Warum aber, wie man behaupten will [1]), bei dem concursus necessarius die Grundsätze über die Theilnahme nicht in Betracht kommen sollen, ist nicht einzusehen. Warum sollen Duellanten nicht als Miturheber, die Secundanten als Gehilfen betrachtet, warum soll nicht auch hier der Anstifter vom Angestifteten, also der Herausfordernde vom Geforderten unterschieden werden? Wenn man sagt: „weil jeder Theilnehmer das Verbrechen ganz und gar für sich begeht," so ist

---

1) Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen.

1) Heffter §. 78. Köstlin System S. 257.

eben übersehen, daß bei der Theilnahme das punctum saliens in der Selbstbestimmung oder dem Bestimmtwerden für das Böse enthalten ist, das hier wie bei dem concursus facultativus in Betracht kommt. Noch verwerflicher ist die Ansicht [2]), daß bei dem concursus necessarius das eine Subject für das andere nur Object des Verbrechens sei, als ob bei dem Duell der andere Duellant und nicht das Recht des Staates, beim Ehebruch der Ehebrecher, nicht das sittliche Recht der Ehe Object des Verbrechens wäre. Oder was soll sonst Object sein als die Person, die sittliche und rechtliche Institution, welche rechtswidrig angegriffen wird? Im andern Falle wäre die Flinte, mit der Jemand erschossen wird, ebenso Object des Verbrechens, wie der Gegner, den man im Duell bekämpft.

a. Der unmittelbare Urheber und der Gehilfe.

§. 82. Die Urheberschaft ist an sich eine Kategorie der formellen Zurechnung, und bezeichnet in dieser Beziehung das Verhältniß desjenigen, dem eine verbrecherische That nach dem ganzen Umfange ihres Thatbestandes formell als die seine zuzurechnen ist. Die Urheberschaft setzt also voraus, daß das Geschehene 1) in dem Willen des Urhebers gelegen habe, gleichviel ob der Wille sich als Absicht oder Fahrlässigkeit gestaltete, 2) in allen zum gesetzlichen Thatbestande der betreffenden verbrecherischen Handlung erforderlichen Momenten in ursächlicher, durch die Thätigkeit vermittelter, Beziehung zum Willen des Urhebers stehe, gleichviel ob die Handlung selbst sich als versuchtes oder vollendetes Verbrechen darstellt. Insofern dagegen der Urheber im Verhältniß zu einem andern Theilnehmer am Verbrechen in Betracht kommt, ergeben sich verschiedene Formen der Urheberschaft. Die nächste dieser Formen ist die unmittelbare Urheberschaft, und diese setzt voraus, daß der Urheber als der geistige Schöpfer der verbrecherischen Absicht erscheint, und sie durch eigene, natürliche, sich nicht bloß auf intellectuelle Einwirkung beschränkende, Thätigkeit verwirklicht hat. Daraus ergiebt sich, daß vom Verhältniß des Urhebers zu anderen Theilnehmern nur die Rede sein kann bei dem beabsichtigten, nicht

---

2) Berner a. a. O. S. 166.

bei dem fahrlässig begangenen Verbrechen, da nur in diesem Falle das Böse ein im Bewußtsein und Willen des Urhebers concret daseiendes ist, und als solches den Theilnehmer zu seiner Thätigkeit zu bestimmen vermag. Das preußische Strafgesetzbuch hat, ohne auf eine positive Begriffsbestimmung der Urheberschaft einzugehen, sie nur negativ begränzt, indem es den Thäter[1]) oder den Urheber[2]) von den Theilnehmern in der Art unterscheidet, daß es mit jenen Ausdrücken den s. g. physischen Urheber bezeichnet.

Anmerk. 1. Das römische Recht ist für die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen von sehr untergeordneter Bedeutung, denn wenn ihm auch die Thatsache einer Theilnahme Mehrerer am Verbrechen nicht entgangen ist, wenn es im Allgemeinen der socii und näher auch des Anstifters und Gehilfen gedenkt, so mangelt ihm doch die Erkenntniß des wesentlichen Schuldunterschiedes der verschiedenen Theilnehmer, so daß sich alles Interesse in der Frage concentrirt, wer überhaupt als Thäter strafbar sei, wogegen die nähere begriffliche Unterscheidung der verschiedenen Arten der Theilnahme übergangen wird. Daher haben auch die römischen Rechtsquellen keine irgend feststehende technische Bezeichnung um den Urheber von anderen Theilnehmern zu unterscheiden, sondern es beziehen sich die gebrauchten Ausdrücke meist darauf den Verbrecher als einen Angeschuldigten oder Thäter zu bezeichnen[3]), wie denn auch die deutschen Worte: Thäter und Thäterschaft, die allgemeinsten alle Arten der Betheiligung umfassenden Bezeichnungen sind. Nur das Wort auctor scheint vorzüglich für den mit anderen Theilnehmern handelnden und sie anstiftenden Urheber, nicht für den alleinstehenden Thäter gebraucht worden zu sein[4]). Dem germanischen Rechte eigenthümlich sind die Grundsätze über die Begehung des Verbrechens in Gefolgschaft, die sich bei den nordischen wie

---

1) §. 34. 2) §. 195.

3) Reus, reus principalis, factor, qui fecit, manibus suis fecit, causam praebet, oder es wird der Thäter rücksichtlich der Art seiner Thätigkeit als fur, raptor, incendiarius etc. bezeichnet. Cf. L. 1. §. 21. D. de Scto Silan. 29, 5. L. 7. D. de cust. 48, 3. L. 6. §. 8. D. de re milit. 49, 16. L. 3. §. 3. D. de incend. 47, 9. L. 4. §. 14. D. de vi bon. rapt. 47, 8. L. 12. D. ad L. Iul. de adult. 48, 5. L. 15. D. ad L. Corn. de sic. 48, 8. L. 1. C. de fals. mon. 9, 24. L. 5. C. de accus. 9, 2.

4) L. 3. §. 4. D. de leg. Corn. de sic. 48, 8. L. 38. §. 2. D. de poen. 48, 19. L. 22. C. de poen. 9, 47. Vgl. Birnbaum im A. 1842 S. 1 flg.

bei den deutschen Volksstämmen vorfinden [5]) und auch in der mittelalterlichen Reichsgesetzgebung mehrfache Berücksichtigung finden [6]). Hierbei entscheiden jedoch ganz andere Rücksichten als die aus dem Wesen der Theilnahme am Verbrechen sich ergebenden, so daß jene Grundsätze hier eine nähere Beachtung nicht finden können. Wird von den wenigen Bestimmungen, die im übrigen die Volksrechte in Betreff der Theilnahme enthalten, das in Abzug gebracht, was den Verdacht gegen sich hat nicht aus dem eigentlichen Volksrechte, sondern anderweitigen Einflüssen erwachsen zu sein, so bleibt so wenig übrig, daß sich hieraus mindestens ein festes, den germanischen Volksrechten gemeinsames und eigenthümliches Princip nicht entwickeln läßt [7]). Namentlich wird der Grundsatz, daß der eigentliche Thäter, der physische Urheber, rücksichtlich der Schuld und Strafe überall von den sonstigen Theilnehmern zu unterscheiden sei [8]), um so weniger als der durchgehende des germanischen Strafrechtes betrachtet werden können, als er im vollen Widerspruche zum mittelalterlichen Volksrechte wie zur Reichsgesetzgebung steht, wo die Theilnehmer durchgehend, soweit sie in Betracht kommen, sich in der Strafe gleichgestellt werden [9]). Wenn man meint, der Grundsatz der gleichen Strafbarkeit aller Theilnehmer widerspreche dem objectiven Gesichtspunkte des germanischen Rechtes [10]), so beruht dies auf

---

5) Wilda S. 612 flg.

6) Frid. I. const. contra incend. a. 1187.

7) So wenig das große Verdienst Wilda's irgend geschmälert werden soll, so können wir doch mit der Art, wie er die nordischen Quellen zur Reconstruction des germanischen Strafrechtes benutzt hat nicht überall, und insbesondere auch hier nicht, übereinstimmen. Die kritischen Grundsätze, nach denen dabei zu verfahren ist, zu entwickeln, muß einem andern Orte vorbehalten bleiben. Aber auch in der Benutzung der übrigen Volksrechte muß ein wesentlicher Unterschied gemacht werden, wenn es darauf ankommt die den Germanen gemeinsamen und eigenthümlichen Rechtsanschauungen zu entwickeln, und die Gründe, weshalb z. B. das westgothische und longobardische Recht mit großer Vorsicht zu gebrauchen sind, liegen nahe genug.

8) Wilda S. 634. Vgl. Woringen S. 49. Köstlin System S. 272 flg.

9) Sächs. LR. II. 13. §. 6. III. 46. §. 2. Schwäb. LR. (Laßb.) 226. 227. 234. Nur bei der Zauberei, 368, 1. wird der Urheber mit Feuertod, der Anstifter mit Enthauptung bestraft. Henrici III. const. de venefitiis a. 1054. Const. Henrici de caus. amittendi feudi a. 1039—1056. Friderici I. const. cont. incend. a. 1187. Henrici reg. treuga. a. 1230. Const. pac. Mogunt. a. 1235. Gosl. Statut (Göschen) p. 38, 16. 25. p. 42, 30—34. p. 47, 34—36. Rechtsb. v. Dist. IV. 9, 1. 2. 10, 4. 6. Berner Handf. c. 33. Freiburg. Handf. c. 60. Stadtr. v. Dattenried c. 17. Emser Stadtr. c. 26. sämmtlich bei Gaupp Stadtrechte II. A. M. Luden Abhandl. I. S. 360. II. 375. 392. Auch bei Köstlin System S. 272 flg. ist der versuchte Nachweis eines festen im germanischen Rechte herrschenden Principes sehr schlecht gelungen.

10) Luden a. a. O. II. 392.

der herrschenden falschen Auffassung der Theilnahme überhaupt. In objectiver Beziehung, d. h. in Bezug auf die Frage: in wie weit das Geschehene den handelnden Theilnehmern formell zuzurechnen sei, findet allerdings ein wesentlicher Unterschied zwischen Urheber und Gehilfe statt, da zwar dem Urheber das, was der Gehilfe gethan hat, nicht aber dem Gehilfen das, was der Urheber gethan hat, zuzurechnen ist. Von dem s. g. objectiven Gesichtspunkte aus würde also allerdings eine geringere Strafbarkeit des Gehilfen der des Urhebers gegenüber folgerecht erscheinen, kann aber freilich erst bei einer vorgeschrittenen Einsicht in das Wesen der Zurechnung erwartet werden. Alle anderen Theilnehmer stehen aber in dem Verhältniß, daß, trotz ihrer verschiedenen Thätigkeit formell einem Jeden das Geschehene vollständig zuzurechnen ist, und der Satz, daß dem Thäter nicht bloß das unmittelbare Ergebniß seiner Thätigkeit, sondern auch das anderer zur Mitwirkung veranlaßter Kräfte zuzurechnen sei, ist auch dem germanischen Rechte wohl bekannt. Aus dem objectiven Gesichtspunkte desselben folgt also für diese weiteren Unterschiede gar nichts, vielmehr ist es gerade nur der s. g. subjective Gesichtspunkt, der eine genügende Erklärung aller Unterschiede der Theilnahme gewährt. Wenn gleichwohl auch das römische Recht, dem man diesen Gesichtspunkt als den vorherrschenden zuschreibt, jene Unterschiede nicht entwickelt hat, so hat dies seinen Grund darin, daß es zwar das Gewicht vorwiegend auf den Willen legt, daß ihm aber das hier in Betracht kommende Moment der sittlichen Schuld, wie manches andere auch, entgangen oder nicht klar geworden ist. Dagegen giebt sich im kirchlichen Rechte unleugbar ein Fortschritt zu erkennen. Die älteren Bußordnungen übergehen die Frage nach der Theilnahme fast gänzlich, was wohl seinen Grund in dem ganz äußerlichen Umstande hat, daß es der Priester nur mit der individuellen Schuld des einzelnen Büßenden zu thun, nicht aber gleichzeitig über mehrere Theilnehmer zu urtheilen hat. Die betreffenden Stellen des corpus iur. can. ergeben aber nicht nur eine genauere Unterscheidung der Beihilfe und Urheberschaft, der verschiedenen Formen der Miturheberschaft so wie der Begünstigung, sondern auch den durchgreifenden Grundsatz, daß bei allen diesen Formen der Theilnahme eine Verschiedenheit der Schuld und Strafe zu berücksichtigen sei [11]. Freilich sind jene Unterschiede noch durchaus nicht klar und

---

11) C. 6. X. de homicid. 5, 12. Gerade diese Stelle zeigt, daß auch in Betreff des canonischen Rechtes zu viel Gewicht auf dessen s. g. subjectiven Standpunkt gelegt wird, denn nicht bloß der animus, wie Köstlin Syst. S. 274 sagt, sondern auch die Art und das Maß der Thätigkeit entscheidet. C. 1. 3. de homicid. in VIto 5, 4. c. 5. de poenis in VIto 5, 9. c. 2. qu. 3. c. 7. 11.

bestimmt formulirt, und ebenso fehlt es am klaren Bewußtsein des Grundes einer Verschiedenheit der Schuld. Die eigentliche Grundlage für die gemeinrechtliche Lehre von der Theilnahme findet sich aber bei den italienischen Criminalisten, bei denen sie sich allmälig unter dem Einflusse des canonischen und des italienischen Statutarrechtes entwickelt [12]). Wie sich erwarten läßt, schließen sich die älteren Criminalisten vorwiegend an die Quellen des römischen Rechtes an, und weichen von ihnen nur etwa darin ab, daß sie die Formen der Theilnahme sorgsamer unterscheiden, freilich immer nur in dem einen Interesse, um zu untersuchen: ob überhaupt ein bestimmter Theilnehmer strafrechtlich verantwortlich sei, wogegen von einem Unterschiede der Schuld und Strafe nicht die Rede ist [13]), oder ein solcher nur beiläufig aus ganz äußeren dem Wesen der Sache fremden Gründen angenommen wird [14]). Ganz anders hatte sich die ganze Lehre späterhin, namentlich bei den Criminalisten des 16. Jahrhunderts, gestaltet. Den Anlaß dazu gaben die Grundsätze des canonischen Rechtes und die statutarrechtlichen Bestimmungen, welche, wie wenig sie dem Wesen der Sache entsprechen mochten, doch in der Tendenz übereinstimmten, die verschiedenen Formen der Theilnahme zur Basis für einen Unterschied der Strafe zu machen, und mit denen man die Grundsätze des römischen Rechtes zu vereinigen und zum Systeme zu gestalten suchte. Die ganze Lehre ist am vollständigsten entwickelt bei Paulus Ghirlandus, Julius Clarus und Prosper Farinacius, und ist in ihren Grundsätzen folgende [15]): Von der Thätigkeit des principalis, bei den Italienern die technische Bezeichnung für den physischen Urheber, wird unterschieden das auxilium, consilium, mandatum. Das consilium umfaßt jede Art der intellectuellen Einwirkung auf den Urheber, soweit sie nicht in einem wirklichen

---

12) Auch Köstlin hat ihnen hier, wie oft, nur eine sehr ungenügende Beachtung gewidmet.

13) Bartolus ad L. 34. D. de furt. 47, 2. A. de Gandino Rubr. de penis reor. Rubr. de homicid. Angel. Aret. Gloss. Dicto malef. semper astitit. Hippol. de Marsil. Pract. §. constante n. 45—77.

14) So wird aus L. 34. D. de furt. gefolgert, daß die Beihilfe um die Hälfte geringer strafbar sei, wofern der Gehilfe nicht causam praebuit delicti. Gand. Rubr. de homicid. Es soll der Anstifter und Gehilfe beim Morde gar nicht strafbar sein, si lex vel statutum loquitur in personam, utpula si quis homicidium commiserit. Dagegen soll er wie der Mörder bestraft werden, si loquitur in rem, utpula si homicidium fuerit commissum. A. Aretin. l. c.

15) P. Ghirlandus Tract. de poenis omnifariam coitus illiciti qu. 10—15. J. Clarus §. fin. qu. 88—90. P. Farinacius Variarum quaest. lib. IV. tit. 15. qu. 129 — 135. Vgl. Nicol. Boerius De seditionibus qu. 1. 7. Decianus VI. c. 36. VII. c. 25. 34. VIII. c. 10.

Mandate besteht, wogegen das auxilium eine natürliche den Urheber unterstützende Thätigkeit erfordert. Rücksichtlich der Strafe werden der mandans und mandatarius sich unbedingt gleich gestellt, in Betreff des auxilium und consilium wird aber unterschieden, ob es als causam dans delicto sich darstellt oder nicht, und ob der Urheber auch ohne auxilium und consilium gehandelt haben würde oder nicht. Im erstern Falle wird auxilium und consilium mit der gleichen Strafe belegt wie die That des principalis, im letztern mit einer geringern Strafe. Mit den widersprechenden Grundsätzen des römischen Rechtes fand man sich ab, indem man in atrocissimis criminibus auxilium und consilium unterschiedslos mit der Strafe des principalis belegte. Die Theilnehmer am Complotte, für das eine technische Bezeichnung fehlt, werden als gleich strafbar betrachtet, wobei als Grund angeführt wird, daß sie sämmtlich als principales anzusehen seien, von denen jeder zugleich den übrigen Hilfe geleistet habe. Im Uebrigen werden die Unterschiede des auxilium, consilium, mandatum nicht irgend wie begrifflich bestimmt, sondern nur casuistisch durchgeführt, und ebenso wird, ohne auf das Wesen der Urheberschaft einzugehen, die Frage: wer als principalis zu betrachten sei, als eine durch Beschaffenheit der Handlung sich von selbst lösende vorausgesetzt. Im Einzelnen finden allerdings auch noch im 16. Jahrhunderte vielfache Meinungsverschiedenheiten statt. Wenn aber in solcher Weise die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen gerade erst im Zeitalter der Carolina sich einigermaßen feststellte, so ergiebt sich, daß Schwarzenberg in Betreff dieser Lehre in den Quellen, aus denen er schöpfte, eine feststehende und durchgreifende Norm nicht vorfand, woraus sich die Bestimmungen der Bambergensis und der Carolina in Art. 107. 128. 148. 177. erklären. Wenn besonders der letztere Artikel zu einer großen Verschiedenheit der Ansichten Anlaß gegeben hat [16]), so wird doch so viel zugegeben werden müssen, daß die Carolina sich rücksichtlich der Theilnahme am Verbrechen möglichst unbestimmt gehalten, das Meiste dem Rathe der Rechtsverständigen und der Entscheidung nach den gemeinrechtlichen Quellen überlassen hat, und darum hier einen bestimmten, scharf zu begrenzenden Standpunkt nicht zu erkennen giebt. Auch die gewöhnliche Ansicht, daß die Carolina besonders im Art. 177. sich auf den Standpunkt des canonischen Rechtes habe stellen wollen, ist darum nicht haltbar, weil, wie

16) Mittermaier im N. A. III. 145 flg. Schröter §. 149. Henke I. §. 76. Martin §. 82. Luden Abhandl. II. S. 343 flg. 367 flg. Handb. I. S. 436. Köstlin N. Revis. S. 477. System S. 274. 279.

gezeigt, schon die Glossatoren und älteren italienischen Criminalisten den Grundsatz einer verschiedenartigen und geringern Bestrafung der Beihilfe aus dem römischen Rechte glaubten herleiten zu können. Noch viel weniger Gewicht ist auf einzelne Bestimmungen der spätern Reichsgesetzgebung zu legen [17]), die nicht weniger wie die Landesgesetzgebung meistens völlig plan- und systemlos sich durch das momentane Bedürfniß und practische Rücksichten bestimmen ließ. Dem Umstande, daß die Carolina durchaus unzureichende Bestimmungen enthielt, wird es zuzuschreiben sein, wenn auch die deutsche Doctrin im ersten Jahrhunderte nach der Carolina der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen eine höchst untergeordnete Beachtung schenkte [18]). Selbst bei Carpzow ist von einem Fortschritte und einer eigenthümlichen Auffassung nicht die Rede. Des Gehilfen gedenkt er in wenigen beiläufigen Bemerkungen [19]), das consilium übergeht er ganz, und nur das mandatum behandelt er ausführlicher [20]), wobei er sich ganz in der Terminologie und der Auffassung der italienischen Criminalisten bewegt. Erst im Anfange des 18. Jahrhunderts wendet die Doctrin dieser Lehre eine größere Aufmerksamkeit zu, wobei sich aber auch allmälig eine eigenthümliche bis heut nachwirkende Auffassung derselben zu entwickeln beginnt. Kreß [21]) ist es, der in dieser Beziehung den Uebergang bildet und eine umfassendere Darstellung der Lehre giebt, indem er wegen der Unzulänglichkeit der Carolina und ihrer Bestimmungen das Naturrecht, besonders Pufendorf, und das canonische Recht zu Hilfe nimmt. Hierbei schließt er sich zwar einerseits den Italienern insoweit an, als er neben der Urheberschaft auxilium, consilium und mandatum unterscheidet, andrerseits weicht er in einem wesentlichen Punkte von ihnen ab. Wenn nämlich diese besonderes Gewicht darauf legen, ob der principalis durch den Theilnehmer zur Begehung des Verbrechens bestimmt wurde, oder ob er sich bereits selbständig hierzu entschlossen hatte, so hat dies offenbar seinen Grund darin, daß ihnen, wenn auch ohne klares Bewußtsein darüber, nicht bloß das ursächliche Verhältniß der Thätigkeit und des Erfolges, sondern auch der sittliche Unterschied des Verführers und des

---

17) Z. B. Landfried. 1548 pr. §. 2. Tit. 16. §. 1. R. A. 1555 §. 46. R. A. 1594 §. 41.

18) So übergeht sie z. B. Perneder völlig mit Stillschweigen. Auch Damhouder giebt nur einige den Italienern entnommene Sätze.

19) Pract. qu. 37. n. 59 sq. qu. 87. n. 19. qu. 89. n. 56 seq. qu. 22. n. 31. qu. 42. n. 67.

20) Ibid. qu. 4. qu. 37. qu. 38. qu. 50. qu. 91.

21) Comment. in Const. crim. Car. besonders ad art. 177.

Verführten bedeutsam erschien. Pufendorf[22]) dagegen macht lediglich das ursächliche Verhältniß zur Basis aller weiteren Unterscheidungen, indem entweder der Thäter (patrator) die causa principalis der Handlung, der Theilnehmer die causa minus principalis, oder umgekehrt der Theilnehmer die causa principalis, der Thäter die minus principalis sei, oder endlich die Thätigkeit beider in gleichem Causalitätsverhältniß zum Erfolge stehe. Ihm folgt Kreß, indem er jene Unterscheidung der Italiener gänzlich fallen läßt, und als entscheidend allein die Frage betrachtet, ob und in wie weit der Theilnehmer als concausa zu betrachten sei. Hiermit war der Weg bezeichnet, auf welchen nunmehr die Doctrin des 18. Jahrhunderts vorwärts ging. Als das wesentliche und allein entscheidende Criterium wird es betrachtet, daß socii criminis diejenigen sind, welche, wie Böhmer[23]) definirt, sunt causa delicti, eiusque consummationem quocunque modo producunt. Die verschiedenen Formen der Theilnahme werden jetzt allgemeiner dahin unterschieden, daß die Theilnahme entweder physisch oder moralisch geleistet wird, und was die wichtigste Frage, die nach dem Maße der Schuld betrifft, so war es jetzt ganz folgerecht, wenn man es ex pondere, efficacia et momento, quod quis committendo vel omittendo ad consummationem attulit[24]), abschätzte, woraus sich die Unterschiede der socii aequales und inaequales, des socius principalis und adiuvans, generalis und specialis, des concursus plenus und minus plenus u. s. w. ergaben[25]). In dieser Auffassung bewegen sich denn auch durchaus die betreffenden Bestimmungen des preußischen Landrechtes[26]), die jedoch in der Beziehung eigenthümlich erscheinen, daß sie die Unterschiede der Schuld und Strafe möglichst beschränken, und daß sie, ganz abweichend von der Doctrin, auf das Moment der Verführung Gewicht legen und darum vom Urheber den Haupturheber und Rädelsführer unterscheiden. Letzteres fand auch sofort, wenn auch nur vorübergehend, seinen Wiederhall in der Doctrin[27]). Was sich in solcher Weise im Laufe des 18. Jahrhunderts entwickelt hatte, wurde endlich durch Feuerbach in eine strengere wissenschaftliche Form ge-

---

22) De iure nat. et gent. I. 5. §. 14.
23) Meditationes in C. C. C. ad art. 177.
24) Böhmer l. c.
25) Vgl. Püttmann Element. §. 50. Koch Inst. cap. IV. c. V. §. 65. 67—71. Quistorp I. §. 54 flg. Eisenhardt De vera crim. socii not. 1750. Westphal De consort. et adiut. crim. 1760. Meister Princ. §. 41 sq.
26) II. 20. §. 64—84.
27) Kleinschrod I. §. 177 flg. Klein §. 138 flg.

faßt[28]). Bedeutsam war es, daß man nicht mehr nur unter der stillschweigenden Voraussetzung eines principalis, oder patrator die Arten der Theilnahme erörterte, sondern zunächst den Begriff des Urhebers, von jetzt an als auctor bezeichnet, festzustellen suchte, woraus sich bei Feuerbach die von der neuern Doctrin festgehaltene Terminologie ergab, d. h. die Unterscheidung des physischen Urhebers, des intellectuellen Urhebers, des Gehilfen und der Miturheber[29]). Obwohl in der Durchführung im Einzelnen mannichfache Meinungsverschiedenheiten stattfanden, folgte doch die neuere Doctrin der Feuerbachschen Lehre darin ganz vollkommen, daß lediglich das Causalitätsverhältniß als Norm dieser Unterscheidungen betrachtet wurde[30]). Strafbar ist nach Feuerbach eine Handlung, welche „Gründe zur Wirklichwerdung des Verbrechens" in sich enthält, und ihre Strafbarkeit ist um so größer, je mehr sie solche Gründe enthält. Darum ist je nach dem Maße dieser Gründe die Handlung entweder Hauptursache, die hinreichende Ursache, oder nur Nebenursache des Verbrechens, und im erstern Falle ist der Handelnde unmittelbarer oder mittelbarer Urheber (Hauptgehilfe), im letztern Gehilfe, wobei dann noch die verschiedenen Formen der Concurrenz der Urheber und Gehilfen erörtert werden. Wenn man nach Feuerbach allmälig von der Schärfe, mit welcher er die ganze Lehre von der Theilnahme nach dem Gesetze vom zureichenden Grunde gestaltet hatte, nachließ, so war dies ein sehr zweifelhafter Fortschritt, so lange man im Wesentlichen auf dem Standpunkte Feuerbachs stehen blieb. Dagegen ist es das wesentliche Verdienst Köstlins[31]), darauf hingewiesen zu haben, daß das logische Causalitätsverhältniß auf dem Gebiete der empirischen Endlichkeit keine Anwendung finde, daß sich von keiner Handlung sagen lasse, sie sei die nothwendige, die zureichende Ursache eines

---

28) Das Verdienst in den Wirrwarr der Bezeichnungen und Vorstellungen der frühern Zeit Ordnung gebracht und auch hier der neuern Wissenschaft den Boden bereitet zu haben, darf Feuerbach nicht genommen werden. Köstlin Syst. S. 276 will dies Verdienst Stübel zuschreiben, gegen den Feuerbach in seiner Revision angeblich polemisirt haben soll, während doch Feuerbachs Revision sechs Jahre vor Stübels Thatbestand ꝛc. erschien, und umgekehrt Stübel, indem er sich an Feuerbach anschließt, diesen im Einzelnen zu corrigiren sucht.

29) Feuerbach Revision II. S. 251 flg. Lehrb. §. 44—52. §. 112—115.

30) Stübel Thatbestand §. 21—67. Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. 1828. Tittman I. §. 101 flg. Grolman §. 33 flg. Martin §. 72—82. Jarke I. §. 36. Abegg §. 73 flg. Heffter §. 78 flg. Marezoll §. 34. Eigenthümlich ist die Ansicht Ludens Abhandl. II. S. 232 flg., von der er Handb. §. 72 flg. selbst wieder abgegangen ist. Vgl. Ziegler Die Theilnahme am Verbrechen. 1845.

31) N. Revision §. 130 flg.

Erfolges, und daß also auch das Maß der Thätigkeit nicht die Norm für die Unterscheidung der verschiedenen Formen der Theilnahme sein könne [32]). Wenn Köstlin ferner die verschiedenen Formen der Theilnahme auf das Bestimmen eines Andern, das Bestimmtwerden von einem Andern, und die Selbstbestimmung zum Verbrechen zurückführt [33]), womit im Wesentlichen Berner übereinstimmt, obwohl er die ganze Lehre nach den logischen Kategorien des Substantialitätsverhältnisses, des Causalitätsverhältnisses und der Wechselwirkung construirt [34]), so wird auch dagegen im Wesentlichen nichts einzuwenden sein. Aber es kommt doch wahrlich nicht nur auf eine scharfe und richtige Unterscheidung der verschiedenen Formen der Theilnahme, sondern zugleich darauf an den Einfluß anzugeben, den diese Formen auf das Maß der Schuld und Strafe ausüben. Dafür aber war durch die Feuerbachsche Theorie, wenn man ihre Basis als richtig zugeben könnte, offenbar mehr geleistet, als durch diese moderne Auffassung. Es reducirt sich hier im Ganzen Alles nur darauf, daß das Bestimmtwerden zum Verbrechen einen geringern Schuldgrund enthält als das Bestimmen, und wenn dies freilich ganz richtig ist, so käme es doch weiter darauf an, den eigentlichen Grund davon anzugeben, den Köstlin wie Berner schuldig geblieben sind. Man wird ihn aber freilich so lange vergebens suchen, so lange man auf dem Wege bleibt, auf welchen sich die Doctrin durch Kreß hat drängen lassen, so lange man die Lehre von der Theilnahme nur vom Standpunkte der formellen Zurechnung aus betrachtet. Einen andern Weg hat Hepp [35]) einzuschlagen versucht, augenscheinlich durch den Grundsatz Köstlins, daß der Urheber in der Handlung sich selbst Zweck sein müsse [36]), dazu veranlaßt, ein Grundsatz, den Köstlin selbst später zurückgenommen hat. Demgemäß legt Hepp das Gewicht vorzüglich darauf, ob Jemand das Verbrechen für sich, oder im Interesse eines Andern begangen habe, obwohl er beiläufig auch der Verführung gedenkt. Hiernach soll also der Unterschied der Theilnehmer sich nicht auf die Ab-

---

32) Neuerdings hat sich auch Zachariä im A. 1850 S. 265 flg. 1851 S. 209 zu der Ansicht bekannt, daß bei der Unterscheidung der Theilnehmer das Gewicht nicht auf das objective, sondern subjective Moment zu legen sei. Gleichwohl ist der Standpunkt, den er in dieser Lehre einnimmt, nicht recht klar erkennbar.

33) Köstlin a. a. O. und System §. 89 flg.

34) Berner Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen. 1847. Trotz der auch hier sehr unerquicklichen und unfruchtbaren wechselseitigen Polemik Köstlins und Berners ist ein wesentlicher Unterschied ihres Standpunktes nicht zu entdecken.

35) Hepp im A. 1846 S. 313 flg. 1848 S. 262 flg.

36) N. Revis. §. 133.

sicht, sondern auf die Zweckbestimmung der Handlung gründen, was, wie sich weiterhin ergeben wird, als durchaus verfehlt bezeichnet werden muß, so wenig auch eine solche Verschiedenheit der Zweckbestimmung geläugnet werden kann.

Anmerk. 2. In Betreff des Begriffes der Urheberschaft kommt es zunächst darauf an, sich über den Sprachgebrauch klar zu werden, der in der neuern Gesetzgebung wie in der Doctrin ein vielfach schwankender ist[37]). Im weitern Sinne könnte als Urheber ein Jeder bezeichnet werden, dem überhaupt irgend eine strafbare Handlung formell als die seine zuzurechnen ist, und in diesem Sinne würde dann jeder Theilnehmer als Urheber einer von ihm begangenen strafbaren Handlung zu bezeichnen sein. In diesem Sinne ist allerdings das Wort „Urheber" niemals genommen worden, wie es denn überhaupt an einer allgemeinen technisch feststehenden Bezeichnung, welche alle Formen der Theilnahme umfaßt, in der deutschen Sprache fehlt, wenn man nicht etwa die prozessualischen Ausdrücke „Angeschuldigter, Schuldiger", gebrauchen will. Es würde aber auch dem allgemeinen Sprachgebrauche nicht entsprechen, das Wort Urheber in diesem weitern Sinne zu nehmen, da es offenbar an sich selbst bereits die Beziehung auf einen Theilnehmer ausdrückt, sei es, daß er ausdrücklich ausgeschlossen wird, indem man Jemanden als alleinigen Urheber bezeichnet, sei es, daß die Theilnahme eines Gehilfen eingeschlossen werden soll. Der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens neigt sich aber entschieden dahin, den Urheber in einem noch engern Sinne zu nehmen als die Doctrin, welche dem Gehilfen den physischen und intellectuellen Urheber gegenüberstellt. Er neigt sich nämlich dahin, bei der Urheberschaft die freie Selbstbestimmung zur schuldhaften Handlung vorauszusetzen, wonach also als Urheber nur der Anstifter und der ohne Anstiftung handelnde unmittelbare Urheber zu bezeichnen wäre, nicht aber der angestiftete Urheber, dem gegenüber die Volkssprache immer nur den Anstifter als Urheber, als den eigentlichen, wahren Urheber bezeichnen wird. Ein solcher Sprachgebrauch würde allerdings der Natur der Sache entsprechen, denn nicht in der Handlung, sondern in der Innerlichkeit des Menschen der denkend den verbrecherischen Entschluß gestaltete, hat das Verbrechen seinen Ursprung, und ebenso würde er der oben angedeuteten Auffassung der ganzen Lehre von der Theilnahme entsprechen. Haben sich aber einmal festgewordene technische Bezeichnungen gebildet, so ist es, wofern das Wesen der Sache

37) Vgl. Köstlin System S. 259 N. 5.

nicht darunter leidet, besser an denselben festzuhalten, wie darum auch hier geschehen soll.

Die Urheberschaft oder näher die unmittelbare Urheberschaft, wie man sie jetzt bezeichnet, insofern sie ohne Beziehung auf die Theilnahme Anderer in Betracht kommt[38]), enthält also wesentlich die folgenden Momente. Es muß das Geschehene im Willen des Urhebers gelegen haben, da der Mensch im andern Falle höchstens als Ursache nicht aber als Urheber des Geschehenen erscheinen kann. Auch Stübel hat dies durchaus nicht verkannt, wenn er gleich dies subjective Moment absichtlich aus der Begriffsbestimmung der Urheberschaft entfernte, um es erst späterhin bei der Frage nach der Strafzurechnung in Betracht zu ziehen[39]). In neuerer Zeit hat nur Luden in sehr unklarer Weise etwas Aehnliches versucht, und eine Widerlegung solcher Ansichten ist jetzt nach den treffenden Ausführungen von Köstlin und Berner nicht mehr erforderlich[40]). Der Wille des Urhebers kann sich aber eben so sehr als dolus wie als culpa bestimmen, und es ist darum nicht einzusehen, warum nach Berner in der Definition der unmittelbaren Urheberschaft auf die culpa keine Rücksicht genommen zu werden braucht. In objectiver Beziehung ist erforderlich, daß das Geschehene in ursächlicher durch die Handlung vermittelter Beziehung zur Willensbestimmung des Urhebers stehe. In dieser Beziehung hat schon in älterer Zeit die Rücksicht auf den Beweis des ursächlichen Verhältnisses Verwirrung angerichtet. Ist nämlich der Causalzusammenhang des Erfolges und der Handlung des als Urheber Angeschuldigten nicht in allen Fällen ein unmittelbar gewisser, sondern muß er oft erst durch Schlußfolgerungen aus gegebenen Thatsachen erwiesen werden, so lag die Versuchung sehr nahe das Verhältniß umzukehren, und Urheberschaft auch dann anzunehmen, wenn es als erwiesen schien, daß der vom Angeschuldigten beabsichtigte Erfolg in Folge seiner Handlung hätte eintreten müssen, wenn er nicht schon vorher durch eine andere Ursache bewirkt worden wäre. Hierher gehört die frühere verworrene Lehre von der Tödtlichkeit der Körperverletzungen, nach welchen es nicht auf den Beweis der Tödtung durch die Verletzung, sondern nur auf den der absoluten Tödtlichkeit der Verletzung und des eingetretenen Todes ankam, um den Thäter als Urheber zu betrachten. In neuster Zeit hat sich nur noch Wächter in

38) Berner a. a. O. S. 206.

39) Stübel Thatbestand §. 19 — 25. Davon ist er späterhin zum Theil selbst abgegangen. Vgl. Theilnahme am Verbrechen §. 13. 26.

40) Köstlin N. Revis. S. 451. System S. 258. Berner Theilnahme S. 181 flg.

Betreff der Tödtung zu solcher Ansicht bekannt[41]). Steht aber das Geschehene mit der Handlung des Urhebers wirklich im Causalzusammenhange, so kann, wie schon Stübel richtig bemerkt[42]), nicht noch ferner gefordert werden, daß die Handlung sich als nothwendige Ursache des Geschehenen darstellen müsse[43]). Wenn man eine solche Forderung stellte, so hatte diese ihren Grund theils wiederum in unklaren Vorstellungen, rücksichtlich des Beweises, indem man meinte eine Absicht da nicht annehmen zu dürfen, wo der Erfolg sich nicht als ein nothwendiger und als solcher vorherzusehender darstelle; theils aber auch darin, daß man in solcher Weise die Thätigkeit des Urhebers von der des Gehilfen unterscheiden wollte, der zwar auch für den beabsichtigten Erfolg aber nur in der Art thätig sei, daß seine Handlung nicht als nothwendige und Hauptursache, sondern als zufällige Nebenursache erscheine. Dieser letztere Gesichtspunkt war es, von dem Feuerbach und seine Nachfolger ausgingen, wenn sie die Thätigkeit des Urhebers, im Unterschiede von der des Gehilfen, als die zureichende oder unentbehrliche Ursache bezeichneten[44]). Hiergegen hat Köstlin ganz richtig geltend gemacht, daß in der Sphäre der Endlichkeit von einer absoluten Ursache überhaupt nicht die Rede sein könne, so daß also im concreten Falle immer nur die Summe aller gegebenen Bedingungen und Voraussetzungen als die nothwendige Ursache bezeichnet, und aus dieser Kette nicht irgend ein Glied, z. B. die Thätigkeit eines Gehilfen als überflüssig und entbehrlich losgelöst werden kann[45]). So gewiß es aber zur Urheberschaft genügt, daß im concreten Falle die Handlung Ursache des Geschehenen sei, ohne daß noch eine weitere Qualification dieser Ursache als einer nothwendigen, zureichenden u. s. w. gefordert werden könnte, so haben sich doch Köstlin und Berner hierdurch augenscheinlich verleiten lassen zu weit zu gehen, wenn sie im Gegensatze zur Auffassung der ältern Doctrin die Beschaffenheit der Handlung, das Maß

---

41) Lehrb. II. S. 125. So auch das Würtemb. St. G. B. Art. 235. Dagegen Luden Abhandl. II. S. 262—288. Köstlin N. Revis. S. 461—464. System S. 259.

42) Thatbestand §. 34. 71—95. Theilnahme §. 29—34.

43) Vgl. z. B. Kleinschrod I. §. 177.

44) Feuerbach Revis. II. S. 251 flg. Lehrb. §. 44 flg. Tittmann I. §. 101 flg. Martin §. 72. Roßhirt Entwick. S 262 flg.

45) Köstlin N. Revis. S. 454 flg. System S. 259. Berner Theilnahme S. 190—192. Um so wunderbarer ist es, daß Köstlin und Berner, im vollen Widerspruche mit sich selbst, in einer andern Beziehung die Handlung als absolute Ursache des Erfolges betrachten, indem dolus determinatus die Absicht sein soll, die auf einen Erfolg als nothwendigen gerichtet ist, oder, wie Berner sagt, Nothwendigkeits-dolus.

der Thätigkeit für den Begriff der Urheberschaft und darum auch der Beihilfe für völlig gleichgiltig erklären. Es kann zur Urheberschaft nicht genügen, daß das Geschehene überhaupt in irgend einem Causalzusammenhange mit dem Willen des Urhebers stehe, sondern es muß die strafbare Handlung, welche dem Handelnden als ihrem Urheber zugerechnet werden soll, auch in allen den Momenten, die zu ihrem Thatbestande erfordert werden, ihr bestimmendes Princip, ihre ursächliche Voraussetzung im Willen des Urhebers haben [46]). Der Grundsatz, daß das Geschehene dem Handelnden nur so weit zugerechnet werden kann, als er wirklich die freie Ursache desselben gewesen ist, und daß dagegen von der Zurechnung diejenigen factischen Momente auszuschließen sind, welche dem Willen des Handelnden gegenüber schlechthin zufällig erscheinen, kann hier eines weitern Beweises nicht bedürfen, und, wie angegeben, könnte eben darum das Wort „Urheber" in dem weitern Sinne genommen werden, nach welchem jeder Handelnde als Urheber desjenigen, was ihm überhaupt formell als das seine zuzurechnen ist, also auch der Gehilfe als Urheber seiner helfenden Thätigkeit zu bezeichnen wäre. Wenn wir aber im Strafrechte die Urheberschaft in einem engern Sinne nehmen, in welchem wir sie namentlich von der Beihilfe unterscheiden, so kann dies nur die Bedeutung haben, daß wir eine strafbare Handlung demjenigen als ihrem Urheber zurechnen, dem sie in dem vollen Umfange der Momente, durch welche sie sich als diese bestimmte strafbare Handlung characterisirt, zuzurechnen ist. Unter Voraussetzung des Grundsatzes, daß dem Handelnden nicht nur dasjenige, was er etwa durch seine Muskelbewegung unmittelbar hervorbrachte, sondern auch dasjenige zuzurechnen ist, was er durch andere natürliche und menschliche Kräfte bewirkte, die er zur Verwirklichung seiner Absicht absichtlich in Bewegung setzte, gilt jene Regel für jeden Urheber, sowohl für den unmittelbaren Urheber der allein oder in Verbindung mit einem Gehilfen, dessen Thätigkeit er zugleich als die seine anzuerkennen hat, handelt, wie für den angestifteten Urheber, wie auch für den Anstifter, der sich auf die intellectuelle Einwirkung auf einen andern Handelnden beschränkt. Das Eigenthümliche der Urheberschaft liegt also darin, daß dem Urheber, mag er allein oder in Verbindung mit einem andern Theilnehmer handeln, dennoch stets das Geschehene in seinem Ganzen strafrechtlich in Betracht kommenden Umfange als seine That zuzurechnen ist. Hiermit ergiebt sich aber der Unterschied des Urhebers vom Gehilfen, soweit derselbe in den Grundsätzen der formellen Zurechnung begründet ist. Das

46) Vgl. Marezoll §. 35. und ebend. S. 134.

Geschehene hat freilich seine Ursache auch in dem Willen des Gehilfen; es kann freilich auch die Thätigkeit des Gehilfen eben so nothwendig und unentbehrlich erscheinen wie die des Urhebers; dagegen steht es fest, daß das Geschehene nicht allein im Willen des Gehilfen seine Ursache hat, und ebenso, daß zwar die Thätigkeit des Gehilfen dem Urheber, nicht umgekehrt die des Urhebers dem Gehilfen zuzurechnen ist, weil zwar der Urheber die Thätigkeit des Gehilfen, nicht aber dieser die Thätigkeit des Urhebers veranlaßt hat. Darum würde in demselben Momente, in welchem die Thätigkeit des Urhebers wirklich auch dem Gehilfen zugerechnet werden müßte, dieser nicht mehr als Gehilfe, sondern selbst als Urheber, nämlich als intellectueller Urheber, zu betrachten sein. Das eigenthümliche Wesen der Beihilfe liegt also darin, daß sie die Thätigkeit eines Urhebers voraussetzt, die dem Gehilfen nicht zuzurechnen ist, und daß also das Geschehene jedenfalls nicht seinem vollen Umfange nach dem Gehilfen zugerechnet werden kann, da von der Zurechnung das ausgeschlossen bleibt, was allein im Willen des Urhebers seine Ursache hatte. Eine unklare Vorstellung hiervon liegt schon den Grundsätzen der italienischen Criminalisten zu Grunde, und ebenso denen der neuern Doctrin, die sich bemühte die eigenthümliche Thätigkeit des Urhebers im Unterschiede von der des Gehilfen durch ein bestimmtes Prädicat zu characterisiren. Aber auch Köstlin und Berner sind sich in diesem Punkte nicht weniger unklar, und mit sich selbst im Widerspruche. Nachdem sie vom Wesen der Urheberschaft ausdrücklich jede Rücksicht auf das Maß der Thätigkeit und die Beschaffenheit der Handlung ausgeschlossen haben, sehen sie sich hinterher doch genöthigt darauf zurückzukommen[47]). Sie unterscheiden nämlich die Haupthandlung und Nebenhandlung und stellen den Grundsatz auf, daß es an sich für das Wesen der Urheberschaft und Beihilfe zwar gleichgiltig sei, ob die Haupthandlung vom Urheber oder Gehilfen vollbracht sei, daß aber überall, wo die Begehung der Haupthandlung die zum Verbrechen erforderliche Absicht nothwendig involvirt, der Gehilfe durch deren Vollbringung zum Urheber wird. Der Unterschied der Haupthandlung und Nebenhandlung ist aber kein anderer als der so eifrig perhorrescirte Feuerbachsche Unterschied der Hauptursache und Nebenursache, und so gewiß sich Beispiele anführen lassen, die diese Unterschiede veranschaulichen, so gewiß andere, durch welche der eine wie der andere Unterschied ad absurdum geführt wird. Die Unklarheit steigert sich zur völligen Unverständlichkeit

---

47) Köstlin N. Revis. §. 138. System S. 292. 294. Berner Theilnahme S. 214 flg.

durch die Behauptung, daß in manchen Fällen die Haupthandlung ohne Aneignung der zum Verbrechen erforderlichen Absicht begangen werden könne, während sie in anderen Fällen, man weiß nicht in welchen und warum, die Aneignung dieser Absicht erfordern.

Wenn also die Urheberschaft vom Standpunkte der formellen Zurechnung aus betrachtet mehr nicht erfordert, als daß die strafbare Handlung im ganzen Umfange der zu ihrem Thatbestande erforderlichen Momente, gleichviel ob sie Versuchshandlung oder vollendetes Verbrechen ist, dem Urheber als die seine zuzurechnen sei, so kommt allerdings noch ein weiteres Moment in Betracht, so wie der Urheber in seiner Beziehung auf andere Theilnehmer aufgefaßt wird. Wenn die Urheberschaft sich von der Beihilfe schon in Betreff der formellen Zurechnung unterscheidet, so kommt in diesem Momente ein weiterer Unterschied hinzu, wogegen die verschiedenen Formen der Urheberschaft sich lediglich durch dies anzuführende Moment unterscheiden. Es handelt sich hier nämlich um den Unterschied der innerlichen Denkthätigkeit, durch welche die verbrecherische Absicht gestaltet und der Willensthätigkeit vermittelst deren die Absicht verwirklicht wird, so wie darum, daß diese Thätigkeiten von mehreren verschiedenen Personen geübt werden können. Wir bezeichnen hiernach denjenigen als den unmittelbaren Urheber[48]), welcher nicht nur nach den obigen Grundsätzen in formeller Beziehung vermöge seiner Thätigkeit als Urheber zu betrachten ist, sondern auch rücksichtlich des Inhaltes der strafbaren Handlung als der geistige Schöpfer derselben erscheint. Der unmittelbare Urheber ist darum Urheber in dem doppelten Sinne, daß das Geschehene einmal seinem ganzen Umfange nach eine durch seine Thätigkeit vermittelte Aeußerung seines Willens ist, und sodann, daß die Handlung ihrer rechtlichen und sittlichen Bedeutung nach in seiner Denkthätigkeit ihren Ursprung nahm. Daraus ergiebt sich, daß ihm das Geschehene nicht nur formell in vollem Maße als seine Handlung zuzurechnen ist, sondern daß er auch materiell das volle Maß der sittlichen Schuld und Verantwortlichkeit als derjenige zu tragen hat, in dessen Denkthätigkeit das Böse seinen Ursprung nahm. Von ihm unterscheiden sich daher andere Theilnehmer theils dadurch, daß sich bei ihnen die formelle Zurechnung anders gestaltet, theils dadurch, daß sie sich durch die bereits gestaltete Absicht eines

48) Wir behalten hier diese herkömmliche Bezeichnung, vgl. Tittmann I. §. 102., Berner Theilnahme S. 206, bei, nehmen sie aber in dem etwas engern Sinne, nach welchem der angestiftete physische Urheber davon ausgeschlossen ist.

Andern zu ihrer verbrecherischen Thätigkeit verführen und in ihr bestimmen lassen. Schon dem römischen Rechte, so sehr ihm eine irgend genügende Anschauung des Verhältnisses der Theilnehmer zu einander fehlt, ist die Rücksicht auf die besondere Schuld dessen, der durch seine verbrecherische Absicht Andere zur verbrecherischen Thätigkeit veranlaßt, und sie in derselben leitet und bestimmt, nicht fremd, wie dies namentlich im Gebrauche des Wortes auctor hervortritt, das fast immer nur einen derartigen Urheber, nicht den Urheber überhaupt bezeichnet [49]. Auch die italienischen Criminalisten gebrauchen die Bezeichnung auctor nur in diesem quellenmäßigen Sinne [50]. Aber auch dadurch, daß sie bei allen Formen der Theilnahme besonderes Gewicht darauf legen, ob sie demjenigen geleistet wird, der sich bereits aus sich zur Begehung des Verbrechens bestimmt hatte, oder erst dazu veranlaßt wurde, geben sie zu erkennen, daß ihnen die Rücksicht auf das verschiedene Maß der sittlichen Schuld der Theilnehmer nicht fremd war. Diese Rücksicht trat jedoch ganz zurück, als die Doctrin des 18. Jahrhunderts die Formen der Theilnahme lediglich objectiv in Rücksicht auf das Maß der Thätigkeit zu bestimmen begann. Es konnte nicht fehlen, daß der Unterschied der Selbstbestimmung und des Bestimmtwerdens sofort als der für die Formen der Theilnahme bedeutsamste wieder hervortrat, als man in neuster Zeit den Grundfehler in der bisherigen Behandlung der ganzen Lehre erkannt hatte. Daher bilden denn bei Köstlin und Berner die Selbstbestimmung, das Bestimmen des Andern und das Bestimmtwerden vom Andern die Basis für die Construction dieser Lehre [51]; aber wie sie bei der Bestimmung des objectiven Momentes im Begriffe der Urheberschaft und Beihilfe einen wesentlichen Punkt übersehen haben, so leidet auch die Bestimmung dieses subjectiven Momentes an einer wunderbaren Unklarheit. Der Grund davon liegt allein darin, daß sie sich davon nicht losmachen können, die Lehre von der Theilnahme nur vom Gesichtspunkte der formellen Zurechnung aus zu betrachten, von dem aus es völlig unbegreiflich bleibt, welchen Einfluß die angegebenen Unterschiede auf die Zurechnung ausüben sollen. Wenn versichert wird, daß die Schuld dessen, der zur verbrecherischen Thätigkeit bestimmt

---

49) Vgl. Anmerk. 1. und Birnbaum im A. 1842 S. 17.

50) Nicol. Boerius De sedit. qu. 1. n. 25. qu. 7. n. 38. Claud. de Battand. Caus. crim. prax. reg. 97. n. 3. Uebrigens kommt auctor in diesem Sinne auch vor in L. Rip. 64. Capit. Carol. M. a. 805. c. 10.

51) Köstlin N. Revis. §. 130. System §. 89. Berner Theilnahme S. 4—20. Die Bernersche „Phalanx von Begriffen" will uns daher durchaus nicht so undurchbrechlich erscheinen wie ihm.

worden ist, geringer sei als die Schuld des sich selbst bestimmenden Urhebers, so ist dies zwar richtig, aber der Grund davon ist bei solcher Auffassung nicht einzusehen. Es ist begreiflich, daß die Zurechenbarkeit ausgeschlossen wird, wenn Jemand durch Zwang bestimmt wurde, daß das Maß, in welchem die That formell zuzurechnen ist, beschränkt wird, wenn durch Drohung das Maß der Wahlfreiheit des Handelnden beschränkt war. Von alle dem ist aber bei dem Bestimmtwerden eines Theilnehmers durchaus nicht die Rede, und Köstlin wie Berner erkennen es ausdrücklich an, daß der durch intellectuelle Einwirkung bestimmte Theilnehmer solcher Bestimmung gegenüber völlig frei ist [52]). Formell geht daher die Thätigkeit eines jeden Theilnehmers aus seiner vollen, freien Selbstbestimmung hervor und es findet in dieser Beziehung unter ihnen gar kein Unterschied statt. Insofern dagegen die That nicht nur in Betreff ihrer Form als eine zuzurechnende Handlung, sondern ihrem Inhalte nach als eine sittliche Schuld in Betracht kommt, ist es freilich von sehr wesentlicher Bedeutung, ob der Handelnde in freier, schöpferischer Thätigkeit das Böse als verbrecherischen Entschluß in sich setzte, oder ob er zwar sittliche Kraft genug besaß dem Bösen so lange Widerstand zu leisten, als es ihm nur als eine abstracte Möglichkeit gegenüberstand, der Versuchung dagegen unterlag, als ihm das Böse in der concreten Form einer fertig gestalteten verbrecherischen Absicht entgegen gebracht wurde. Wenn also die eigentliche Bedeutung des Bestimmens und Bestimmtwerdens übersehen wurde, so ist es erklärlich, daß sich daraus in der Durchführung der Lehre und im Einzelnen Fehler ergaben, und daß sich diese Unklarheit rächte, indem mitunter unwillkürlich diese richtige Bedeutung im Widerspruche zu allem Uebrigen hindurchbricht [53]). Was also den Begriff der Urheberschaft im Allgemeinen betrifft, so umfaßt derselbe nur die angegebenen auf die formelle Zurechnung sich beziehenden Momente, und es ist durchaus falsch das Moment der Selbstbestimmung schon hier herein zu ziehen, da sich die verschiedenen Formen der Urheberschaft gerade erst in Rücksicht auf die Selbstbestimmung oder das Bestimmtwerden unterscheiden. Darum kommt auch Köstlin, indem er in dem allgemeinen Begriffe der Urheberschaft alle Formen derselben, also auch den angestifteten Urheber, umfassen will [54]), in die üble Lage fordern zu müssen, daß die Handlung unmittelbar oder

---

52) Köstlin Syst. §. 92. 96. Berner a. a. O. S. 272—274.

53) Z. B. Köstlin System §. 96. Berner a. a. O. S. 482 flg., wo er in der Begriffsbestimmung der Bande seinen Standpunkt ganz verläßt und in das Gebiet der materiellen Zurechnung übergreift.

54) Köstlin a. a. O. §. 90.

mittelbar aus der freien Selbstbestimmung des Subjects hervorgegangen sei. Es leuchtet aber ein, daß diese zu Liebe des angestifteten Urhebers angenommene, mittelbare Selbstbestimmung ein Unding ist, denn entweder es handelt sich um die Frage, wo die verbrecherische Absicht ihren Ursprung gehabt habe, und dann ist es ein Widerspruch in sich, daß der angestiftete Urheber für das Böse zugleich soll bestimmt worden sein und sich selbst bestimmt haben, oder es handelt sich nur um die formelle Zurechnung, und dann steht jeder Theilnehmer, wer er sei, dem andern darin gleich, ein unmittelbar sich selbst bestimmendes Individuum zu sein, denn jede Mittelbarkeit, d. h. ein Anfangen des Willens nicht aus sich, sondern aus Anderem, würde hier die Freiheit des Willens und das Wesen der Handlung aufheben. Wird die Urheberschaft vom Standpunkte der materiellen Zurechnung aus betrachtet, dann kann überhaupt nicht mehr von einem allgemeinen Begriffe der Urheberschaft die Rede sein, sondern sie muß sofort in der besondern Form betrachtet werden, die sie in Bezug auf andere Arten der Theilnahme annimmt. Hier handelt es sich zunächst um die unmittelbare Urheberschaft, die also, abgesehen von den Erfordernissen der Urheberschaft im Allgemeinen, voraussetzt, daß der Urheber der geistige Schöpfer der verbrecherischen Absicht war, und diese, durch eigene natürliche, sich nicht bloß auf intellectuelle Einwirkung beschränkende, Thätigkeit verwirklichte.

Anmerk. 3. Bei der Redaction des preußischen Strafgesetzbuches war man von Anfang an entschieden der gemeinrechtlichen Lehre in der Beziehung zu folgen, daß man die verschiedenen Theilnehmer nach dem Maße ihrer Schuld einer verschiedenen strafrechtlichen Behandlung unterwerfen wollte [55]). Es kam also nur darauf an die Grundsätze des Landrechtes in Rücksicht auf die Ergebnisse der neuern Wissenschaft zu verbessern. Hierbei stellte man sich anfangs im Wesentlichen durchaus auf den Standpunkt Feuerbachs, der auch bis zur Revision von 1845 insoweit beibehalten wurde, als man sich nur darauf beschränkte die ziemlich umfangreichen Bestimmungen mehr und mehr zu vereinfachen. Bei der Revision von 1845 fand dagegen eine bedeutsame Abweichung von dem bisher befolgten Systeme statt, zwar nicht in der begrifflichen Auffassung der Formen der Theilnahme, wohl aber in den Strafbestimmungen. Während man es bisher für nothwendig erachtet hatte für einzelne Theilnehmer unter das gewöhnliche für ein bestimmtes Verbrechen festgesetzte Straf-

---

55) Beseler Komment. S. 151 flg. Goltdammer Mat. I. S. 282 flg.

maß herabzugehen, für andere eine Strafschärfung anzuordnen, ging man jetzt von dem Grundsatze aus, daß alle Theilnehmer nach demselben Strafgesetze zu beurtheilen seien, und daß darum das verschiedene Maß ihrer Schuld nur bei der richterlichen Strafzumessung innerhalb des relativ bestimmten Strafmaßes berücksichtigt werden solle. Außerdem ließ man, um alle Casuistik möglichst zu vermeiden, die bisher festgehaltene scharfe Unterscheidung des Haupt- und Nebengehilfen fallen, so wie man auch einer besondern Erwähnung des Complottes und der Bande glaubte entbehren zu können. Auch späterhin erfuhren, um der Doctrin in keiner Weise vorzugreifen, die auf die Unterscheidung der Arten der Theilnahme sich beziehenden Bestimmungen noch mehrfache Beschränkungen. Wenn dagegen der auf die Bestrafung sich beziehende §. 35. in dem Entwurfe von 1850 nur den Grundsatz aussprach, daß auf alle Theilnehmer dasselbe Strafgesetz anzuwenden sei, wie auf den Thäter, so stellte er sich, wenn nicht nach der Absicht der Regierung, welche in den Motiven die Zulässigkeit einer verschiedenen Bestrafung der Theilnehmer innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes anerkannte, so doch nach der Fassung auf den gleichen Standpunkt wie die betreffenden Bestimmungen des Code pénal Art. 59—63, welche keinen rechtlichen Unterschied der Theilnehmer kennen. Die Commission der zweiten Kammer war es, welche die Bestimmungen veranlaßte, durch welche der allgemeine Grundsatz für einzelne Fälle eine Modification erlitt.

Im Hinblick auf die in der Doctrin noch immer so schwankenden Begriffsbestimmungen der verschiedenen Formen der Theilnehmer kann es gewiß nur gebilligt werden, wenn man auch hier die gesetzlichen Bestimmungen diesen Schwankungen möglichst zu entziehen suchte, und darum eine Fassung vermied, durch welche man sich für die eine oder die andere dieser doctrinären Auffassungen entschieden hätte. Dennoch wird die Fassung des §. 34. nicht unbedingt gebilligt werden können, indem man durch dieselbe, wie Temme ganz richtig bemerkt [56]), zwar den Streitigkeiten der deutschen Doctrin entging, dagegen aber die französische Casuistik eintauschte. Was aber näher die Urheberschaft betrifft, so fehlt es an einer allgemeinen Bestimmung über dieselbe gänzlich, und selbst das Wort „Urheberschaft" oder „Urheber" wird in dem von der Theilnahme handelnden dritten Titel nicht gebraucht. Dem gegenüber ist es jedenfalls inconsequent, wenn in §. 195. der Urheber ausdrücklich erwähnt wird. Augenscheinlich wird aber

---

56) Temme Glossen S. 100. Lehrb. S. 314.

hier „Urheber" in dem gleichen Sinne gebraucht, in welchem der dritte Titel vom Thäter spricht. Es bezeichnet nämlich das Wort „Thäter" einmal den unmittelbarn Urheber, mag er allein oder in Verbindung mit einem Gehilfen handeln [57]), sodann aber auch den physischen Urheber, der einen Anstifter voraussetzt [58]), wogegen der intellectuelle Urheber nie als Urheber oder Thäter, sondern nur als Theilnehmer bezeichnet wird [59]). Es wird also „Thäter" ganz in dem Sinne genommen, in welchem die italienischen Criminalisten vom principalis, die älteren deutschen vom factor oder patrator sprachen. Will man zugeben, daß die intellectuelle Einwirkung des Anstifters nicht eine Thätigkeit sei, vermöge deren er als Thäter bezeichnet werden könnte, so empfiehlt sich die Bezeichnung „Thäter" einer empirischen Auffassung allerdings sehr, weil es sich dann nur darum handelt, ob Jemand durch seine physische, den Naturcausalismus in Bewegung setzende Thätigkeit, das Verbrechen veranlaßt hat oder nicht. Es kann für ein Gesetzbuch, das sich absichtlich den Formeln der Doctrin entziehen will, wenn nur sonst ein Zweifel über den Sinn des Wortes nicht obwaltet, möglicherweise angemessen sein sich im Sprachgebrauche der empirischen Auffassung des gewöhnlichen Lebens anzuschließen, der Versuch aber, den Temme unternimmt [60]), den Begriff der Thäterschaft mit Beseitigung des Begriffs der Urheberschaft, wissenschaftlich zu construiren und zu rechtfertigen, wird nothwendig stets verunglücken. Wird zur Thäterschaft mit Ausschluß einer nur intellectuellen Einwirkung, eine physische Thätigkeit und Wirksamkeit gefordert, dann ist nicht einzusehen, wie derjenige bezeichnet werden soll, der ein Verbrechen begangen hat, das wie die Injurie, Verläumdung, Meineid u. s. w. überhaupt keine in die natürliche Welt eingreifende Wirkung ausübt. Soll aber der Injuriant, der Meineidige ein Thäter sein, warum nicht auch der Anstifter? Ebenso ist es durchaus willkürlich, wenn man den Gehilfen, der eine physische Thätigkeit aufwendet, und vielleicht eine zur Vollbringung des Verbrechens ganz wesentliche und unentbehrliche, nicht als Thäter bezeichnen will. Die Doctrin wird also nicht umhin können die vom Gesetz gebrauchte Bezeichnung „Thäter" auf den Begriff der Urheberschaft zurückzuführen, wonach sie im preußischen Strafrechte sich theils auf den unmittelbaren Urheber, theils auf den physischen im Gegensatze zum intellectuellen bezieht.

---

57) §. 34. n. 1. Ebenso in §. 37. 38.

58) §. 34. n. 2.

59) §. 34. n. 2. §. 36. In §. 195., bevor er durch das Gesetz vom 14. April 1856 umgestaltet war, wurde auch der Anstifter ausdrücklich erwähnt.

60) Lehrbuch §. 68.

§. 83. Dem Urheber ist eben so sehr das unmittelbare, wie das mittelbare Ergebniß seiner Thätigkeit, das er durch absichtlich in Wirksamkeit gesetzte natürliche oder menschliche Kräfte hervorrief, zuzurechnen. Der Urheber würde stets als das allein handelnde und für die That allein verantwortliche Subject erscheinen, wenn der menschliche Wille ebenso wie die natürlichen Mächte mit Nothwendigkeit zur Wirksamkeit bestimmt werden könnte. So gewiß aber der menschliche Wille durch intellectuelle Einwirkung bestimmt werden kann, so gewiß ist er als freier von jeder Nöthigung unabhängig, so daß also für ihn jeder ihn bestimmende Einfluß immer nur als Grund seiner Selbstbestimmung zur That erscheint [1]). Wenn es also rücksichtlich des Urhebers gleichgiltig ist, ob es die mit Nothwendigkeit wirkende natürliche oder die freiwirkende Willenskraft eines Menschen war, die er absichtlich zur Verwirklichung seiner verbrecherischen Absicht als Mittel benutzte, so entspringt doch aus solcher freien Mitwirkung nothwendig auch für den Mitwirkenden eine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Theilnehmer am Verbrechen. Hieraus ergiebt sich, daß die Theilnahme nicht nur eine gleichzeitige, durch eine gleiche Absicht bestimmte und auf dasselbe Ziel wirkende Thätigkeit mehrerer Menschen erfordert, sondern vielmehr eine gemeinsame, einheitliche Thätigkeit derselben. Eine solche Einheit der sonst verschieden gestalteten Thätigkeit mehrerer Theilnehmer kann aber ihren Grund nur darin haben, daß sich die Theilnehmer nicht nur von einer gleichen, sondern von derselben Absicht bestimmen lassen, deren sie sich als einer gemeinsamen durch gemeinsame Thätigkeit zu verwirklichenden bewußt geworden sind. Im andern Falle würden sie nur äußerlich neben einander stehen, so daß jeder Handelnde als Urheber des von ihm Vollbrachten zu beurtheilen sein würde. Ebenso ergiebt sich, daß von Theilnahme am Verbrechen nicht die Rede sein kann, wofern der Urheber sich zwar eines Menschen aber nur als einer natürlichen, nicht als menschlicher d. h. als einer freien Willenskraft zur Verwirklichung seiner Absicht bedient.

---

1) Berner Theilnahme S. 272—274. Köstlin System §. 92.

Anmerk. Kommt es bei der Theilnahme am Verbrechen wesentlich darauf an, daß die schöpferische Gestaltung der verbrecherischen Absicht, und die Verwirklichung derselben durch die Thätigkeit mehrerer freihandelnder Personen erfolge, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß mehrere Personen, welche von einander unabhängig die gleiche Absicht faßten und sie durch eine gleichzeitige Thätigkeit zur Ausführung bringen, darum noch nicht als Theilnehmer zu betrachten sind, und selbst das Bewußtsein einer gleichen auf dasselbe Ziel gerichteten Thätigkeit würde noch nicht nothwendig eine Theilnahme bewirken. Aber auch dann, wenn man die Theilnahme nur vom Gesichtspunkte der formellen Zurechnung aus betrachtet, muß das Gleiche gelten, da in solchem Falle das wesentliche Interesse allein in der Frage liegt: in wie weit die Thätigkeit des einen Theilnehmers zugleich auch dem andern zuzurechnen sei, wonach also von Theilnahme nicht die Rede sein kann, so wie jeder einzelne Handelnde durchaus selbständig zu beurtheilen ist. Mit geringen Ausnahmen [2]) ist dies gegenwärtig allseitig anerkannt. Daß auch das preußische Strafrecht die Theilnahme nur in diesem allein richtigen Sinne auffaßt, kann nach den Besiimmungen des §. 34. nicht bezweifelt werden. Die Gemeinschaft der Thätigkeit, welche die Voraussetzung der Theilnahme bildet, kann aber nur hervorgebracht werden durch die Gemeinschaft der Absicht, welche die Thätigkeit der Einzelnen bestimmt. Die Thätigkeit der verschiedenen Theilnehmer wird nothwendig eine verschieden gestaltete sein, und ebenso auch das nächste Ziel, auf welche sich diese Thätigkeit, an und für sich betrachtet, bezieht. Eine Einheit und Gemeinsamkeit dieses Thuns kann darum nur bewirkt werden, indem die Theilnehmer sich einer gemeinsamen Absicht bewußt sind, welche sie in gemeinsamer Thätigkeit verwirklichen wollen. Soweit diese Absicht eine gemeinsame ist, soweit ist sie freilich auch die eines jeden einzelnen Theilnehmers.

Dagegen ist es falsch, wenn behauptet wird, die Theilnahme werde

---

2) So nimmt Luden Abhandl. II. S. 351 eine s. g. einseitige Theilnahme an die stattfinden soll, wenn der Handelnde die Thätigkeit eines gleichzeitig Handelnden für die Verwirklichung seiner Absicht benutzt, ohne daß dieser es weiß, oder auch wenn dies Jeder thut, ohne daß der Andere es weiß. Wenn aber ein solcher Fall wirklich vorkommen sollte, so leuchtet es ein, daß jeder Handelnde durchaus selbständig zu beurtheilen ist, wie dies Berner a. a. O. S. 322 ganz richtig ausführt. Der Vorwurf, den in dieser Beziehung Temme Lehrb. S. 323, Berner und ebenso Zachariä macht, ist durchaus ungerechtfertigt. Zachariä spricht im A. 1850 S. 2 58 nicht bloß von einem gleichzeitigen Handeln, sondern von einem Zusammenhandeln, womit doch wohl die Gemeinsamkeit der Absicht genügend ausgesprochen ist.

stets durch Aneignung einer fremden Absicht begründet [3]), denn entweder verzichtet der Mensch auf die eigene Gestaltung der Absicht und ist nur für eine fremde Absicht als solche thätig, oder er bildet sich die Absicht selbst, und dann ist sie seine eigene und nicht bloß eine angeeignete fremde, obwohl er sie unter dem intellectuellen Einflusse eines andern Menschen gestaltete. Ebenso ist es durchaus falsch, wenn der Grund der Theilnahme in der Gemeinsamkeit des Zweckes gesucht wird [4]). Es ist wohl möglich, daß die Theilnehmer einen gleichartigen Zweck verfolgen, denn gerade im Zwecke, der für den Handelnden das Motiv seiner Thätigkeit bildet und in welchem er die Befriedigung seines individuellen Interesses erstrebt, macht sich der Handelnde in seiner ganzen Individualität geltend, vermöge deren er sich gerade in dieser Beziehung aus der Gemeinschaft loslöst. Rücksichtlich des Zweckes kann daher höchstens eine Gleichheit, nie eine wahre Gemeinschaft bestehen, und darum wird auch in den meisten Fällen sich eine große Verschiedenheit in den Zwecken der Theilnehmer kund geben. Die Theilnahme beruht also nur darauf, daß die Verwirklichung einer gemeinsamen Absicht als Mittel für verschiedene Zwecke zu dienen vermag. — Nur indem man sich des eigenthümlichen strafrechtlichen Interesses, das die Theilnahme am Verbrechen darbietet, durchaus nicht klar bewußt war, konnte man früherhin ziemlich allgemein die Theilnahme in dem ganz unjuristischen Sinne nehmen, wonach sie auch die Fälle umfaßt, in denen mehrere Menschen als mitwirkende Kräfte erscheinen, gleichviel ob sie überhaupt eine zuzurechnende Schuld trifft, oder nicht [5]). Es bedarf keines weitern Beweises des von der neuern Doctrin anerkannten Grundsatzes, daß von der Theilnahme alle die Fälle auszu-

---

3) So Luden Abhandl. II. S. 384 flg. Dagegen die Ausführung Berners a. a. O. S. 318 flg.

4) Der Versuch, die Formen der Theilnahme allein in Rücksicht auf den Zweck zu unterscheiden, je nachdem Jemand für den eigenen, für einen fremden, oder gemeinschaftlichen Zweck handelte, ist noch nicht gemacht worden. Dagegen ist häufig genug nebenbei und meist im Widerspruche zum eigenen Ausgangspunkte die Rücksicht auf die Zweckbestimmung mit hereingezogen worden. Vgl. Kleinschrod I. §. 177. 186. 200. Ebenso spricht Klein §. 138. von dem gemeinschaftlichen Interesse der Miturheber, dem verschiedenen Interesse des Urhebers und Gehilfen. Aber auch Köstlin hat sich davon nicht frei gehalten, denn wenn er auch den Grundsatz, daß der Urheber sich in seiner Handlung selbst Zweck sein müsse, zurückgenommen hat, so kommen doch auch im Systeme mehrfache Hindeutungen auf den Zweck vor, so wenn er sagt der Gehilfe wolle nicht „für sich“ handeln, Syst. §. 93. Dagegen Berner a. a. O. S. 171.

5) Kleinschrod I. §. 191. Tittmann I. §. 107. Mittermaier im N. A. III. S. 125 flg. Feuerbach Lehrb. §. 46.

chließen sind, in welchen den vermeintlichen Theilnehmer überhaupt keine zuzurechnende criminelle Schuld trifft[6]).

§. 84. Von der Urheberschaft unterscheidet sich als eine erste Art der Theilnahme die Beihilfe, und zwar rücksichtlich der formellen Zurechnung dadurch, daß die Handlung des Gehilfen nicht den vollen Thatbestand der vom Urheber begangenen strafbaren Handlung ergiebt. Ist aber die Thätigkeit des Gehilfen wesentlich eine helfende, so kann sie auch nicht bloß an und für sich, ihrer besondern Beschaffenheit nach in Betracht kommen. Eine helfende ist sie nur vermöge des Umstandes, daß der Gehilfe mit der Absicht handelt, seine Thätigkeit als Mittel für die Verwirklichung einer fremden Absicht, der des Urhebers, dienen zu lassen, und nur durch diese beabsichtigte ursächliche Beziehung auf die Absicht des Urhebers empfängt die Handlung des Gehilfen ihren eigenthümlichen Character, während sie an sich möglicherweise überhaupt keine rechtsverletzende und strafbare ist. In welchem Umfange der Gehilfe für die Verwirklichung der Absicht des Urhebers thätig war, ist nur im concreten Falle zu beurtheilen, jedenfalls aber darf er nicht in dem Maße thätig gewesen sein, daß ihm die betreffende strafbare Handlung in allen Momenten ihres Thatbestandes als die seine zuzurechnen wäre. Die Beihilfe steht darum auf gleicher Stufe mit der Versuchshandlung, bei welcher in gleicher Weise einerseits irgend welches zum Thatbestande des vollendeten Verbrechens erforderliche Moment mangelt, während sie andrerseits doch nur als eine auf das beabsichtigte vollendete Verbrechen ursächlich bezogene zugerechnet wird.

Ein ferneres wesentliches Moment der Beihilfe liegt aber darin, daß der Gehilfe die verbrecherische Absicht niemals aus sich selbst producirt hat, sondern daß er durch die bereits fertig gestaltete Absicht des Urhebers zu seiner Thätigkeit verleitet wurde, sei es, daß der Urheber durch Ueberredung einen verführenden

---

6) Vgl. besonders Luden Abhandl. II. S. 333 flg. Köstlin N. Revis. S. 510 flg. Temme Lehrb. S. 323. Auch Heffter §. 78. hat seine frühere Annahme einer unfreiwilligen Betheiligung aufgegeben.

intellectuellen Einfluß auf ihn ausübte, sei es, daß die bloße Anschauung der verbrecherischen Absicht oder Thätigkeit des Urhebers genügte, um ihn zur Beihilfe zu bestimmen. Hieraus ergiebt sich zugleich für die sehr verschieden gestaltete helfende Thätigkeit, daß, wenn sie sich auf eine intellectuelle Einwirkung auf den Urheber beschränkt, sie sich doch niemals darauf beziehen darf, im Urheber selbst erst die verbrecherische Absicht herzurufen und zu gestalten, weil sie damit in eine andere Form der Theilnahme, die intellectuelle Urheberschaft, übergehen würde.

Wenn sich das preußische Strafgesetzbuch [1]) darauf beschränkt die Beihilfe nur ihrer äußern Erscheinung nach zu beschreiben, so geschieht dies doch in einer Weise, welche dem begrifflichen Wesen der Beihilfe in keinem Punkte widerspricht.

Anmerk. 1. Das eigenthümliche Wesen der Beihilfe vermag sich einer rein empirischen Beobachtung nicht zu entziehen, und es kann freilich nicht zweifelhaft sein, daß auch die römischen Rechtsquellen oft genug das Wesen der Beihilfe in einer concreten Fassung richtig beschreiben, wie ihnen auch eigenthümliche die Beihilfe bezeichnende Ausdrücke, als opem dare, opem ferre, ministerium, adiutorium, auxilium praebere, nicht fremd sind [2]). Theils aber haben diese Bezeichnungen keine feste technische Bedeutung, so daß sie die Beihilfe bald in zu engem, bald zu weitem Sinne nehmen, theils kommt es bei allen solchen Erörterungen immer nur auf die eine Frage an: in wie weit eine derartige Thätigkeit überhaupt eine rechtliche Verantwortlichkeit begründe, während, mit geringen Ausnahmen der spätern Kaiserzeit, eine Verschiedenheit in der strafrechtlichen Beurtheilung darauf gar nicht basirt wird [3]). Wie wenig den schwankenden und sich widersprechenden Bestimmungen des ältern germanischen Rechtes ein fester Gesichtspunkt für die strafrechtliche Behandlung der Theilnahme am Verbrechen zu entnehmen ist, wurde schon oben bemerkt, und auch das canonische Recht, so gewiß es die Urheberschaft und

1) §. 34. N. 2.

2) §. 8. 9. J. de publ. iud. 4, 18. L. 8. 9. D. ad l. Iul. de adult. 48, 5. L. 7. D. ad l. Pomp. 48, 9. L. 9. §. 1. D. ad l. Corn. de fals. 48, 10. L. 53. D. de V. S. 50, 16. L. 50. §. 1. 2. 3. L. 52. §. 19. L. 54. §. 4. D. de furt. 47, 2.

3) Der Versuch das Gegentheil zu beweisen ist bis jetzt nicht gelungen. So Schnell De poen. miliorib. in socio etc. 1809. Hepp im A. 1846 S. 317 flg. Vgl. Birnbaum im A. 1842 S. 1 flg. Rein S. 197 flg.

Beihilfe rücksichtlich der Bestrafung unterscheidet[4]), ist doch von einer begrifflichen Feststellung der Beihilfe weit entfernt. Wenn die späteren italienischen Criminalisten[5]) auf eine nähere Untersuchung der verschiedenen Formen der Theilnahme eingehen und insbesondere auch das auxilium von anderen Formen unterscheiden, so ist doch auch bei ihnen die empirische Auffassung, welche sich an die äußere Beschaffenheit der Handlung hält, die vorherrschende. So lange zwischen dem auxilium und mandatum das consilium in der Mitte stand, das ebensowohl intellectuelle Urheberschaft wie Beihilfe sein kann, war demnach an eine eigentliche Begriffsbestimmung der Beihilfe nicht zu denken. Sie erscheint einerseits beschränkt auf eine physische Thätigkeit, andrerseits nicht gehörig abgegränzt gegen die Miturheberschaft. Von der Carolina[6]) wird sich mehr nicht sagen lassen, als daß sie die Beihilfe in einer ihrem Wesen mindestens nicht widersprechenden Art beschrieben hat. Nachdem die ältere deutsche Doctrin die Erörterung der Beihilfe in auffallender Weise vernachlässigt hatte, beginnt endlich seit Pufendorf der Versuch sie begrifflich festzustellen[7]). Was man auch dagegen einwenden mag, daß man von da ab bis in die neuere Zeit die Thätigkeit des Gehilfen als Nebenursache, als die nicht zureichende oder entbehrliche Ursache characterisirt hat, so wird doch immerhin den neusten Gegnern einer solchen Auffassung gegenüber das darin liegende richtige Streben anerkannt werden müssen, den auch in Betreff der formellen Zurechnung obwaltenden Unterschied der Beihilfe und Urheberschaft geltend zu machen. Die nothwendige Folge davon, daß man in solcher Weise die Beihilfe definiren wollte, war es freilich, daß man wohl einsah, wie in den meisten Fällen die Thätigkeit des Gehilfen keineswegs nur eine entbehrliche, unnöthige Nebenursache sei, und daß man entweder wie Feuerbach[8]) eine unentbehrliche und entbehrliche Beihilfe, einen dem Urheber gleichstehenden Hauptgehilfen und Nebengehilfen unterscheiden, oder die meisten Fälle der Beihilfe zur Urheberschaft erheben und das Wesen der Beihilfe ganz ungebührlich beschränken mußte[9]). Andrer-

---

4) §. 2. c. 6. X. de homicid. 5, 12.
5) Vgl. oben §. 82. Anmerk. 1.
6) Art. 177.
7) Vgl. oben §. 82. Anmerk. 1.
8) Feuerbach Revis. II. 263 flg. Lehrb. §. 44 flg. Kleinschrod I. §. 198. Grolman §. 38. Henke I. §. 45. Tittmann I. §. 104. Jarke I. §. 36.
9) So Stübel Thatbestand §. 29—31. 36—38. Theilnahme §. 36. 37. 39—44. Martin §. 79. Abegg §. 75., der überall Mitthäterschaft annimmt, wo die Mitwirkung des Theilnehmers die einzige Bedingung der Möglichkeit des

seits ist es aber wie angegeben ganz richtig, daß der Unterschied der Urheberschaft und der Beihilfe nicht bloß, wie Köstlin und Berner annehmen, eine subjective, sondern auch objective in der Beschaffenheit und dem Maß der Thätigkeit hervortretende Bedeutung hat, die darin liegt, daß dem Gehilfen in keinem Falle die strafbare Handlung ihrem ganzen Umfange nach zuzurechnen ist, gleichviel wie sonst seine Thätigkeit beschaffen war, weil er nämlich die Handlung des Urhebers als die seine nicht anzuerkennen hat, wogegen umgekehrt der Urheber allerdings auch die Thätigkeit des Gehilfen sich zurechnen lassen muß [10]). Wenn also die Handlung des Gehilfen jedenfalls nicht den vollen Thatbestand der strafbaren Handlung ergiebt, welche dem Urheber zugerechnet wird, gleichviel ob diese an sich ein versuchtes oder vollendetes Verbrechen ist, so steht sie offenbar auf gleicher Stufe mit der Versuchshandlung. Wird die Handlung des Gehilfen isolirt für sich betrachtet, so liegt es, ebenso wie bei der Versuchshandlung, mindestens nicht in ihrem Wesen, daß sie überhaupt eine rechtsverletzende oder strafbare sei. Wie kein Zurechnungsfähiger ohne Absicht handeln kann, so hat auch der Gehilfe seine ihm eigenthümliche Absicht, welche auf diese seine besondere Thätigkeit, das Leihen einer Waffe, das Wachehalten u. s. w. gerichtet ist. Ihre strafrechtliche Bedeutung aber empfängt diese Handlung dadurch, daß sie der Gehilfe wissentlich in ursächliche Beziehung bringt zu der verbrecherischen Absicht des Urhebers und deren Verwirklichung, wie die Versuchshandlung gleichfalls nicht an sich, sondern in ihrer Beziehung auf die eigene weitergehende verbrecherische Absicht in Betracht kommt. Unter der angegebenen Voraussetzung bleibt aber die Thätigkeit des Gehilfen eine nur helfende, mag sie sich im concreten Falle wirklich als eine völlig entbehrliche oder durchaus unentbehrliche erweisen. Da also die Thätigkeit des Gehilfen eine solche gerade nur ist, vermöge der bewußten ursächlichen Beziehung auf die Absicht des Urhebers, so folgt daraus nothwendig, daß die Beihilfe nur absichtlich geleistet werden kann [11]). Die Thatsache, daß Jemand ohne ein Wissen von

---

Verbrechens war. Dagegen hat Heffter §. 84. 85. die Beihilfe wieder weiter gefaßt, nur daß ihr Wesen nicht recht klar wird.

10) In dieser beschränkten Beziehung kommt offenbar Marezoll §. 35. dem Richtigen am nächsten, nur daß er wieder das Verhältniß des Gehilfen zum intellectuellen Urheber unrichtig bestimmt.

11) Wie auch die gemeinrechtlichen Quellen anerkennen, L. 53. §. 2. D. de V. S. 50, 16. C. C. C. art. 177. Nur indem man zur Theilnahme bloß das äußerliche Zusammenwirken, nicht auch die Gemeinschaft der Absicht forderte, konnte man in der Doctrin von einer culposen Beihilfe sprechen. Quistorp §. 56. Tittmann §. 104. Martin §. 75. Borst im N. A. VII. S. 670 flg.

der verbrecherischen Absicht des Urhebers deren Verwirklichung durch seine Thätigkeit fördern kann, ist freilich sehr wohl möglich, aber es fehlt dann das Band das die Handelnden als Theilnehmer erscheinen läßt, so daß der vermeintliche Gehilfe ganz selbständig zu beurtheilen ist, und entweder gar nicht, oder höchstens wegen einer culpa strafbar sein wird. Noch weniger kann von einer Beihilfe zu einem culposen Verbrechen die Rede sein.

Außer den gedachten, rücksichtlich der formellen Zurechnung in Betracht kommenden Momenten gehört nun aber zum Wesen der Beihilfe noch das fernere Moment, daß der Gehilfe weder in Betreff der Handlung, noch in Betreff der die verbrecherische Absicht erschaffenden Denkthätigkeit als Urheber erscheint, daß er also durch die Absicht des Urhebers zu seiner Thätigkeit verleitet wurde. Es ist richtig, daß die Verleitung in manchen Fällen sehr augenscheinlich in der vom Urheber ausgehenden Anstiftung zur Beihilfe hervortreten kann, aber es ist nicht richtig darauf einen im begrifflichen Wesen der Beihilfe liegenden Unterschied der angestifteten und nicht angestifteten Beihilfe basiren zu wollen, denn auch der nicht angestiftete Gehilfe ist durch die irgendwie sich kundgebende Absicht des Urhebers zu seiner Thätigkeit verleitet worden, so daß es sich höchstens um den quantitativen Unterschied einer bald stärkern, bald schwächeren, einer beabsichtigten oder nicht beabsichtigten verführenden Einwirkung auf den Willen des Gehilfen handelt. Mag dies allenfalls auf das Maß der Schuld und Strafe einen Einfluß haben, so ist es doch für das Wesen der Urheberschaft wie der Beihilfe völlig gleichgiltig. Ebenso richtig ist es, daß die Beihilfe selbst theils in einer natürlichen Thätigkeit des Gehilfen, theils in einer intellectuellen Einwirkung auf den Urheber bestehen kann, aber unrichtig ist es hieraus einen angeblich qualitativen Unterschied der unmittelbaren und intellectuellen Beihilfe abzuleiten[12]. Was insbesondere die intellectuelle Beihilfe betrifft, so ergiebt sich, daß sie sich im Wesentlichen auf die Art und Weise beziehen wird, wie die Absicht des Urhebers zur Ausführung zu bringen sei. So wie sich dagegen die intellectuelle Einwirkung auf die Gestaltung der verbrecherischen

---

Luden Handb. I. S. 439. Dagegen Köstlin N. Revis. S. 502. 513. System §. 93. Anmerk. 2. Berner Theilnahme S. 212. 270.

12) Grade in diesen von Berner a. a. O. gemachten Unterschieden zeigt es sich, daß das willkürliche Schema, nach dem er die Lehre von der Theilnahme abhandelt, sehr weit davon entfernt ist, sich aus einer dialectischen Selbstentwickelung der Begriffe zu ergeben. Darum hat es denn auch nicht gelingen wollen, den verschiedenen Abschnitten über die unmittelbare und die intellectuelle Beihilfe einen wirklich verschiedenen Inhalt zu geben.

Absicht selbst bezieht, so würde nicht mehr von einer Verleitung zur Beihilfe durch die vorhandene und geäußerte Absicht des Urhebers die Rede sein können, und es würde nicht intellectuelle Beihilfe, sondern Urheberschaft vorliegen. Höchstens würde etwa der Gehilfe den Urheber in der selbständig gebildeten Absicht bestärken und befestigen können[13]).

Die Beihilfe hat strafrechtlich keine selbständige Existenz und Bedeutung, sondern setzt nothwendig die strafbare Handlung des Urhebers voraus. Es muß also die Handlung des Urhebers mindestens so weit gediehen sein, daß sie sich als eine strafbare Versuchshandlung darstellt, wenn von Beihilfe die Rede sein soll. Man hat dies leugnen wollen[14]), weil es freilich möglich ist, daß Jemand in der Absicht zu einem Verbrechen zu helfen, eine Handlung vornimmt, die an sich, wie das Leihen einer Waffe, geeignet sein würde, um als strafbare Beihilfe zu erscheinen, während ihm vielleicht unbewußt der Andere seine Absicht aufgiebt und nicht einmal eine Versuchshandlung vornimmt. Es gilt in dieser Beziehung aber der gleiche Grundsatz, nach welchem oben[15]) der strafbare Versuch gegen die nicht strafbare Vorbereitungshandlung abgegränzt wurde. Wie die Versuchshandlung, so ist auch die Handlung des Gehilfen nicht an sich, sondern nur in ihrer ursächlichen Beziehung auf die zu verwirklichende Absicht des Urhebers strafbar, und darum muß diese ursächliche Beziehung, bei dem Versuche auf das zu vollendende Verbrechen, bei der Beihilfe auf die verbrecherische Thätigkeit des Urhebers, nicht bloß gewollt sein, sondern in der Handlung selbst in die Erscheinung treten, weil sonst das criminelle Unrecht, das gestraft werden soll, überhaupt nicht existent geworden ist. In der Handlung des Gehilfen tritt aber diese ursächliche Beziehung nur in die Erscheinung, wofern der Urheber eine strafbare Handlung beging, auf welche sich jene als eine helfende bezieht. Es folgt daraus ganz von selbst, daß im andern Falle auch nicht einmal ein Versuch zur Beihilfe angenommen werden darf[16]), da auch hierzu die in der Handlung sich darstellende Beziehung auf die strafbare That des Urhebers erfordert wird. Die Möglichkeit eines strafbaren Versuches der Beihilfe kann nicht geleugnet werden[17]), nur darf ein solcher aus dem angeführten

---

13) Vgl. Berner a. a. O. S. 261.

14) Bauer Abhandl. I. S. 459. Ihm hat sich auch Köstlin N. Revis. S. 508. Syst. §. 94. angeschlossen. Dagegen Berner a. a. O. S. 219.

15) Vgl. §. 48.

16) Wie dies Bauer und Köstlin a. a. O. thun.

17) Feuerbach Revis. II. S. 247 flg. Martin §. 82. Zachariä Versuch I. §. 39. und im A. 1851 S. 209 flg. Temme Lehrb. S. 361.

Grunde nie angenommen werden, wenn es an der strafbaren Handlung eines Urhebers völlig fehlt. Zum Versuche der Beihilfe ist natürlich alles das erforderlich, was zum Wesen des strafbaren Versuches gehört. Vor allem muß also die versuchte Beihilfe gegen die vollendete abgegränzt werden, und es ist ebenso unrichtig, wenn Zachariä meint [18]), daß sich die Vollendung nicht objectiv feststellen lasse, wie wenn Köstlin Vollendung und Versnch nur subjectiv bestimmen will [19]), oder die Möglichkeit einer solchen Bestimmung leugnet [20]). Hier wie überall ist der Versuch nur zu bestimmen in Rücksicht auf das, was zu vollenden beabsichtigt wurde. Der Gehilfe handelt, wenn er auch einer fremden Absicht dienen will, doch zugleich nicht ohne eigene Absicht. Seine Absicht ist es dem Urheber zu helfen, und die Beihilfe ist vollendet, wenn er geholfen hat; sie ist versucht, wenn er, in der Absicht zu helfen thätig war, ohne zu helfen, mit anderen Worten, wenn im concreten Falle seine Thätigkeit in gar keinem ursächlichen Zusammenhange mit dem steht, was der Urheber vollbrachte. Dies zu entscheiden kann freilich oft schwierig werden, besonders darum, weil nicht bloß die natürliche Wirkung der natürlichen Thätigkeit des Gehilfen, sondern auch der intellectuelle Einfluß in Betracht kommt, den das Bewußtsein einen Gehilfen zur Seite zu haben auf die Thätigkeit des Urhebers ausübt. Hat aber der Gehilfe wirklich geholfen, so ist die Beihilfe vollendet, und es ist hier wie bei jedem vollendeten Verbrechen gleichgiltig, ob es ihm gelungen ist auch in dem Maße zu helfen, in welchem er helfen wollte [21]). Daraus folgt zugleich, daß wenn in der angegebenen Weise die Beihilfe vollendet erscheint, der Gehilfe dadurch nicht straflos wird, daß er vor Vollendung des Verbrechens Seitens des Urhebers, von der Fortsetzung der helfenden Thätigkeit freiwillig zurücktritt, daß dagegen weder versuchte noch vollendete Beihilfe vorliegt, wenn der Urheber vom Versuch zurücktrat.

Anmerk. 2. Das preußische Strafgesetzbuch hat in §. 34. N. 2. die Beihilfe nicht sowohl definirt als sie in den verschiedenen Arten, in denen sie geleistet werden kann, beschrieben. Hiernach gedenkt es zuerst der intellectuellen Beihilfe, die als Anleitunggeben zur Begehung des

---

18) Zachariä Versuch §. 40.

19) Köstlin N. Revis. S. 507.

20) Köstlin System S. 292 flg., wo er seine frühere Ansicht dahin modifizirt.

21) Die entgegengesetzte Ansicht Köstlins N. Revis. a. a. O. ist zwar im System §. 94. aufgegeben, aber nur weil er die Unterscheidung von Versuch und Vollendung der Beihilfe überhaupt fallen ließ.

Verbrechens oder Vergehens bezeichnet wird. Diese Fassung ist insofern ganz richtig, als die intellectuelle Beihilfe sich in der Regel auf die Art der Ausführung des Verbrechens beziehen wird, wogegen der mögliche wenn auch vielleicht seltene Fall einer intellectuellen Beihilfe durch Befestigung und Bestärkung des Urhebers in seiner Absicht übersehen ist. In einem solchen Falle wird, da §. 34, unter No. 1. und 2. nur die Arten der Theilnahme nach ihrer äußern Erscheinung beschreibt ohne streng begrifflich Anstiftung und Beihilfe unterscheiden zu wollen, freilich nichts im Wege stehen, den Gehilfen nach §. 34. N. 1. als einen Theilnehmer zu betrachten, welcher den Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens angereizt hat[22]). Das Anleiten zur Begehung setzt seiner Natur nach den dolus des Gehilfen voraus[23]). Von der intellectuellen Beihilfe wird sodann unterschieden das Verschaffen von Mitteln, welche zur That gedient haben, wobei das Bewußtsein, daß sie dazu dienen sollen, nothwendig vorausgesetzt wird. Dieses bewußte, absichtliche Herbeischaffen von Mitteln, die zur Begehung der That dienen sollten, aber schließlich nicht gedient haben, z. B. das Herbeitragen einer Leiter um das Einsteigen zum Diebstahl möglich zu machen, während die Leiter sich als zu kurz und unbrauchbar erweist, würde offenbar ein Fall der versuchten Beihilfe sein, die also nach preußischem Rechte nicht strafbar ist, weil das Mittel nicht zur That gedient hat[24]). Wenn überdies auch das Anleiten und das außerdem noch erwähnte wissentliche Leisten einer wirklichen Hilfe in den Handlungen, welche die That vorbereitet, erleichtert oder vollendet haben, die Möglichkeit einer versuchten Beihilfe nothwendig ausschließen, so wird in Preußen der Versuch der Beihilfe überhaupt nicht als strafbar betrachtet werden können[25]). Durch die angegebene Fassung der die Beihilfe betreffenden Bestimmungen hat sich allerdings das preußische Strafgesetzbuch mit Glück den Schwierigkeiten entzogen, welche der Strafgesetzgebung durch die in einer Masse von Controversen sich bewegenden Doctrin bereitet werden, und denen andere deutsche Strafgesetzbücher erlegen sind. Dagegen hat es aber auch diese Schwierigkeiten in keiner Weise zu besiegen und die Lehre von der Beihilfe oder der Theilnahme überhaupt

---

22) Goltdammer Mat. I. S. 321.
23) Beseler Komment. S. 157.
24) Goltdammer Mat. I. S. 326.
25) Die Revision von 1845 ergiebt, daß man ausdrücklich einen strafbaren Versuch der Beihilfe hat ausschließen wollen. Dagegen kann es nach den oben entwickelten Grundsätzen nicht gebilligt werden, wenn Goltdammer Mat. I. S. 323 die Möglichkeit einer versuchten Beihilfe leugnen will.

irgendwie fortzubilden vermocht. Eben so wenig hat diese Lehre bisher durch die preußische Doctrin und Praxis irgend eine Förderung erfahren. Von der Praxis ist dies schon darum nicht zu erwarten, weil ihr dazu, vermöge der strafrechtlichen Behandlung, welche die Theilnahme durch §. 35. erfahren hat, nur wenig Gelegenheit geboten ist [26]). Goltdammer hat sich vorwiegend an Köstlin und Berner angeschlossen, und Temme's [27]) Auffassung ist, trotz mancher treffenden Bemerkung im Einzelnen, theils oberflächlich, theils unklar. So ist insbesondere in Betreff der Beihilfe Temme's Polemik gegen Berner und Köstlin durchaus unberechtigt und verworren, da er einerseits Zweck und Absicht durcheinander wirft, und andrerseits die eigene Absicht des Gehilfen, die darauf geht zu helfen, und die Absicht des Urhebers, zu deren Verwirklichung der Gehilfe absichtlich hilft, nicht zu scheiden weiß.

§. 85. Wenn die Handlung des Gehilfen ihre strafrechtliche Bedeutung nur durch die Beziehung auf die verbrecherische Absicht des Urhebers und deren Verwirklichung empfängt, so bildet die strafrechtliche Norm, nach welcher der Urheber zu beurtheilen ist, zugleich auch die für die Strafbarkeit des Gehilfen, obwohl im concreten Falle diese Strafbarkeit nicht von der wirklichen Bestrafung des Urhebers abhängig ist. In diesem Sinne bestimmt das preußische Strafrecht, daß auf den Theilnehmer dasselbe Strafgesetz anzuwenden sei, das auf den Thäter Anwendung findet. Das Gleiche gilt an sich für den Versuch der Beihilfe, der aber in Preußen nicht strafbar ist. Dagegen bildet die Beihilfe einen geringern Schuldgrad wie die Urheberschaft und ist darum in geringerm Maße strafbar. Der Grund davon liegt einerseits in dem objectiven Momente, daß die Handlung des Gehilfen nicht den vollen Thatbestand der strafbaren Handlung des Urhebers ergiebt, und andrerseits in dem subjectiven Momente, daß die sittliche Schuld des verführten Gehilfen eine ge-

---

26) In Betreff der Praxis vgl. Oppenhoff zu §. 34. Goltdammer A. I. S. 73. 390. 607. II. S. 342 flg. III. S. 109. 258. IV. S. 209—210. 269. 366. Ganz richtig weist auch Goltdammer Mat. a. a. O. darauf hin, wie manche wichtige in der Doctrin erörterte Fragen, nach den Bestimmungen des preußischen Strafrechtes gar nicht in Betracht kommen.

27) Lehrb. S. 351.

ringere ist als die des verführenden Urhebers. Im concreten Falle wird sich demnach die Strafbarkeit des Gehilfen näher bestimmen in Rücksicht auf das größere oder geringere Maß, in welchem er geholfen hat, und in Rücksicht auf die größere oder geringere Macht der Verführung, welcher er ausgesetzt war, ohne daß in dieser quantitativen Abstufung der Schuld irgend eine qualitativ bestimmbare Grenze zu ziehen wäre. Es kann sich daher immer nur um dieses Mehr oder Weniger handeln, wenn das preußische Strafrecht eine wesentliche und unwesentliche Beihilfe unterscheidet [1], für letztere die Anwendbarkeit der Todesstrafe und lebenslänglichen Zuchthausstrafe ausschließt und sie durch zeitige Zuchthausstrafe ersetzt, oder durch eine Gefängnißstrafe von zwei bis zu zehn Jahren, wenn außerdem festgestellt wird, daß mildernde Umstände vorhanden sind. Es bildet demnach diese Strafbestimmung eine Ausnahme von der Regel, daß auf den Gehilfen und den Thäter das gleiche Gesetz anzuwenden sei, während diese Regel für die wesentliche Beihilfe immer, für die nicht wesentliche Beihilfe in den Fällen bestehen bleibt, in denen das betreffende Strafgesetz eine andere als die Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe verhängt. Aber auch in diesen Fällen folgt aus der Anwendung des gleichen Strafgesetzes nicht nothwendig, daß für den Thäter und Gehilfen eine völlige Gleichheit der Strafe stattfinden müsse.

Anmerk. 1. Wenn die Handlung des Gehilfen immer nur in ihrer ursächlichen Beziehung auf die des Urhebers strafbar erscheint, so daß die Strafbarkeit der letztern zugleich die Norm für die der erstern bildet, so hat man nicht mit Unrecht die Beihilfe als ein Accessorium bezeichnet. Die Strafbarkeit des Gehilfen setzt also unbedingt eine strafbare Handlung des Urhebers voraus [2]), und demgemäß spricht auch das preußische Strafgesetzbuch nur von einer strafbaren Theilnahme an dem Verbrechen oder

---

1) §. 35.

2) Es ist eine wunderliche Inconsequenz Köstlins System §. 93. Anmerk. 4. diesen Grundsatz im Allgemeinen anzuerkennen, und dennoch eine strafbare Beihilfe auch dann anzunehmen, wenn der Urheber nicht einmal bis zum strafbaren Versuche gelangt ist. — Eine strafbare Beihilfe kann also namentlich auch in allen den Fällen nicht angenommen werden, in denen eine etwaige Beschädigung darum nicht strafbar ist, weil ihr das Moment der Rechtsverletzung mangelt.

Vergehen, oder an dem Versuche eines Verbrechens oder Vergehens [3]). Dagegen wird nicht auch die wirkliche Bestrafung des Urhebers erfordert, wonach also Tod oder Begnadigung des Urhebers so wie der Umstand, daß dieser nicht ermittelt und zur Bestrafung gezogen werden kann [4]), den Gehilfen nicht von Strafe befreit. Die Freisprechung des als Urhebers Angeklagten bewirkt zwar nothwendig, daß der als Gehilfe Angeklagte gewiß nicht als solcher strafbar ist, dagegen wird sie nicht immer Straflosigkeit bewirken. Hier kommt insbesondere der Umstand in Betracht, daß der vermeintliche Urheber als unzurechnungsfähig erscheint. Hat der als Gehilfe Angeschuldigte diese Unzurechnungsfähigkeit gekannt, so ist er als Urheber, der sich des Unzurechnungsfähigen als eines Werkzeuges bediente, strafbar; hat er sie nicht gekannt, so muß folgerecht seine Handlung nicht als die eines Gehilfen, sondern als eine selbständig strafbare behandelt werden. Es kommt dann also darauf an, welche Absicht er bei dem Unzurechnungsfähigen voraussetzte; und wenn er für die Verwirklichung derselben mitwirkte, ohne daß seine Thätigkeit den vollen Thatbestand dieses vermeintlich beabsichtigten Verbrechens ergiebt, so stellt sich seine Handlung in allen Beziehungen als ein strafbarer Versuch des betreffenden Verbrechens dar [5]). — Die Strafbarkeit des Urhebers bildet aber die Norm für die des Gehilfen nur insoweit, als diesem die Absicht des Urhebers bekannt war, und als nicht die Strafbarkeit des Einen wie des Andern durch subjective Momente bedingt wird, in Betreff deren Beide im Verhältniß zu einander als getrennte und selbständig handelnde Persönlichkeiten in Betracht kommen. In der erstern Beziehung versteht es sich also von selbst, daß wenn der Urheber in seiner Thätigkeit über die dem Gehilfen bekannte Absicht hinausgeht, dieser Exceß des Urhebers für die Strafbarkeit des Gehilfen nicht in Betracht kommt [6]). In letzterer Be-

---

3) Vgl. die Entscheidungen des Ob. Trib. bei Oppenhoff zu §. 34. N. 9—12. Temme Gloss. S. 162. Zachariä in Goltdammers A. III. S. 298. Grüchot ebend. II. S. 639.

4) Entscheidungen bei Oppenhoff a. a. O. N. 13.

5) Schon die italienischen Criminalisten A. Aret. Gl. dicto malef. semper astitit. Gl. et Sempr. Rudolphi barbit. Decian. IX. 33. n. 7. P. Farinac. qu. 129. n. 100. qu 131. n. 61. 62. qu. 135. n. 33. erörtern diese Frage, und unterscheiden, ob die Freisprechung dahin gehe nullum delictum esse commissum, oder ob der Thäter nur für non culpabilis erklärt sei. Mag dies an sich ganz richtig sein, so kann man ihnen doch unmöglich auch darin folgen, daß man wie Köstlin S. 283 eine Beihilfe zur That eines Unzurechnungsfähigen annimmt.

6) Brackenhöft im A. 1840 S. 47. Luden Handb. I. S. 447. Köstlin N. Revis. S. 494. Syst. S. 285.

ziehung wird es sich immer nur im concreten Falle beurtheilen lassen, in wie weit subjective Momente, durch welche die Strafbarkeit des Urhebers bedingt wird, auch für die des Gehilfen maßgebend sein können. Wenn z. B. der Rückfall nach der neuern Strafgesetzgebung nur darum härter bestraft wird, weil der Rückfällige sich durch die früher wegen des gleichen Verbrechens erlittene Bestrafung nicht hat warnen lassen, so ist nicht wohl einzusehen, welchen Einfluß die Rückfälligkeit des Urhebers auf die Strafbarkeit des Gehilfen ausüben soll, so daß also dieser nur nach Maßgabe der für das betreffende Verbrechen gedrohten Strafe, ohne Rücksicht auf den Rückfall des Urhebers, zu strafen sein wird. In gleicher Weise wird gewiß die den Urheber wegen jugendlichen Alters treffende Strafmilderung auf die Strafbarkeit des Gehilfen ohne Einfluß sein. Insbesondere werden Urheber und Gehilfe rücksichtlich des Motives, so weit es auf die Strafbarkeit von Einfluß ist, völlig selbständig zu beurtheilen sein, da die Theilnahme zwar eine Gemeinsamkeit der Absicht, keineswegs aber des Zweckes erfordert, in Betreff dessen die Theilnehmer, wofern sie überhaupt selbständig handelnde Menschen sein sollen, von einander völlig unabhängig sind. Da also die Beihilfe gewiß nicht in dem Sinne ein Accessorium der Urheberschaft ist, daß die individuelle Selbständigkeit des Gehilfen völlig absorbirt würde, so würde es gewiß unrichtig sein, ihre accessorische Natur rücksichtlich der Strafbarkeit ganz abstract und unbedingt durchführen zu wollen [7]). Andrerseits ist es ebenso unrichtig und dem Wesen der Beihilfe widersprechend, wenn man den Gehilfen in dem Maße verselbständigt, daß man eine Beihilfe nur in dem Falle annehmen will, wenn das Verbrechen des Urhebers so beschaffen ist, daß der Gehilfe es auch als Urheber hätte begehen können [8]). Ein viel besprochenes Beispiel ist das reine Dienstvergehen, das nicht zugleich ein gemeines Verbrechen enthält. Wenn in Betreff desselben behauptet wird, daß Gehilfe nur der sein könne, der unter derselben Dienstpflicht steht, so ist dies in jeder Beziehung unrichtig, denn entweder verletzt der Gehilfe in seiner Thätigkeit die ihm individuell obliegende Amtspflicht und dann ist er nicht bloß Gehilfe, sondern Urheber dessen, was er selbständig gethan hat, obgleich der gewöhnliche Sprachgebrauch ihn vielleicht darum Gehilfe nennt, weil er in fremdem Interesse handelte, z. B. wenn ein Postbeamter nur aus

---

7) Ein solcher Versuch ist auch bisher in der Doctrin nie gemacht worden, obwohl man im Einzelnen oft in der Consequenz der accessorischen Natur der Beihilfe zu weit gegangen ist.

8) So besonders Köstlin Syst. S. 282 flg. Vgl. Brackenhöft im A. 1847 S. 422 flg.

Freundschaft für einen andern diesem Briefe eröffnen hilft, — oder die Thätigkeit des Gehilfen enthält gar keine Verletzung der eignen Amtspflicht, und dann ist nicht einzusehen, warum er strafbar, der Nichtbeamte der dasselbe gethan hat aber straflos sein soll, da doch bei einer derartigen Thätigkeit der Beamte eben nicht als solcher, sondern nur als Privatperson in Betracht kommt. Es erscheint geradezu absurd, daß zwar der Mann, welcher bei der von einem andern Manne begangenen Nothzucht geholfen hat, strafbar sein soll, nicht aber eine Frau, wenn sie ganz dasselbe that. Dem Wesen der Beihilfe widerspricht diese Ansicht darum, weil sie darauf hinausläuft die Thätigkeit des Gehilfen überhaupt nicht mehr in ihrer ursächlichen Beziehung auf die zu verwirklichende Absicht des Urhebers, sondern selbständig in Bezug auf die Möglichkeit einer eignen Absicht zu betrachten. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Ansicht zu verwerfen, nach welcher für die Strafbarkeit des Gehilfen nur das genus, nicht die durch die Persönlichkeit des Urhebers bedingte species des Verbrechens maßgebend sein soll, z. B. für den nicht der Hausgenossenschaft angehörenden Gehilfen eines Hausdiebstahls nur der Diebstahl, nicht aber der vom Urheber begangene Hausdiebstahl. So unzuläßig eine derartige allgemeine Regel ist, ebenso unzuläßig würde freilich die entgegengesetzte sein, daß jedes durch die Persönlichkeit des Urhebers bedingte Moment seiner individuellen Schuld nothwendig auch von bestimmendem Einflusse auf die Schuld und Strafbarkeit des Gehilfen sein müsse. Vielmehr kann hier nur die eine allgemeine Regel gelten, daß es im concreten Falle zu beurtheilen sei, in welchen Momenten die Schuld und Strafbarkeit des Urhebers und Gehilfen von einander unabhängig sind. Im Ganzen ist daher auch in der Doctrin die accessorische Natur der Beihilfe richtig gewürdigt worden, und die Fehler im Einzelnen kommen nur daher, daß man eine Reihe einzelner Regeln aufstellen wollte [9]. In Betreff des preußischen Strafrechtes kann es jedenfalls nach den Bestimmungen des §. 35. und in Rücksicht auf die bei der Revision von 1845 statt gehabten Erörterung über den socius generalis und specialis keinem

9) Das Verhältniß der Strafbarkeit des Gehilfen zu der des Urhebers ist ganz treffend dargestellt von Berner a. a. O. S. 207 flg., der auch die relative Selbständigkeit der Strafbarkeit des Gehilfen vollkommen anerkennt. Vgl. Konopack im A. A. VII. S. 297 flg. Bauer Abhandl. I. S. 460 flg. Luden Handb. I. S. 448 flg. Verwirrend auf die Gesetzgebung hat es eingewirkt, daß man einen socius generalis und specialis unterscheiden wollte, je nachdem das genus oder die species des vom Urheber begangenen Verbrechens für den Gehilfen maßgebend ist. Feuerbach §. 52. und Mittermaier Note zu §. 52. Dagegen schon Abegg Lehrb. S. 118.

Zweifel unterliegen, daß es die accessorische Natur der Beihilfe in der angegebenen Weise vollkommen anerkennt [10]). Bestätigt wird dies auch noch durch besondere für einzelne Verbrechen gegebene Bestimmungen [11]).

Anmerk. 2. Bildet die Strafbarkeit des Urhebers zwar im Allgemeinen die Norm für die des Gehilfen, so enthält doch die Beihilfe in Rücksicht auf die oben entwickelten Momente nothwendig einen geringern Schuldgrad als die Urheberschaft. Gründet sich dieser geringere Schuldgrad eben so sehr auf ein objectives wie subjectives Moment, so ist eben darum für die strafrechtliche Behandlung der Beihilfe weder aus dem s. g. subjectiven Standpunkte des römischen, noch dem objectiven des germanischen Strafrechtes irgend etwas zu folgern [12]). Dagegen ist, wie gezeigt wurde, seit der Zeit der späteren italienischen Criminalisten, unter dem Einflusse des canonischen Rechtes, die geringere Schuld und Strafbarkeit des Gehilfen im Allgemeinen anerkannt worden, und nur die Frage, ob diese geringere Strafbarkeit unbedingt und für alle Fälle anzuerkennen sei, deren Beantwortung durch die Begriffsbestimmung der Beihilfe bedingt war, ist eine bis heut vielfach streitige gewesen. Wenn man wie die italienischen oder die älteren deutschen Criminalisten das consilium als eine selbständige Form der Theilnahme betrachtete, ohne zu unterscheiden, ob das consilium sich als intellectuelle Urheberschaft oder als intellectuelle Beihilfe darstellte, oder wenn man, wie die neuere deutsche Doctrin, von dem subjectiven Momente, wonach der Gehilfe als der Verführte erscheint, ganz absah, und den Unterschied der Urheberschaft und Beihilfe auf das Gesetz des zureichenden Grundes zurückführte, so ergaben sich nothwendig in beiden Fällen Schwankungen in der Grenzbestimmung zwischen Urheber und Gehilfen, welche dazu führten rücksichtlich der Strafbarkeit einen qualitativen Unterschied der Beihilfe anzunehmen, der immer auf dasselbe hinausläuft, mag man mit den italienischen Criminalisten danach fragen, ob die Beihilfe causam dans war oder nicht, oder mit der neuern Doctrin seit Pufendorf und Kreß, ob sie die Haupt- oder Nebenursache, der zureichende oder nicht zureichende Grund, eine unentbehrliche oder entbehrliche, wesentliche oder unwesentliche war. Neben diesen qualitativen Unterschied wurde dann eine Reihe anderer Unterscheidungen gestellt, die im

---

10) Goltdammer Mat. I. S. 427. 315 flg. Die ganz richtige Auffassung auch bei Temme Gl. S. 106. 107. Lehrb. S. 354 flg. Vgl. die Entscheidungen des Ob. Trib. bei Goltdammer A. I. S. 73. III. S. 258. Ueber Theilnahme bei Dienstvergehen vgl. Beseler Komment. S. 565 flg.

11) St. G. B. §. 260. 331.

12) Vgl. Köstlin Syst. S. 278.

concreten Falle das Mehr oder Weniger der Schuld und Strafe bestimmen sollten, oder ohne allen Einfluß hierauf, sich nur auf die äußere Erscheinung der helfenden Thätigkeit bezogen. Auch in das preußische Strafgesetzbuch ist in Folge der Beschlüsse der zweiten Kammer der Unterschied der wesentlichen und nicht wesentlichen Beihilfe aufgenommen worden, und sowohl die Worte des Gesetzes, wie die früheren Verhandlungen und der Bericht der Kommission der zweiten Kammer [13]) lassen keinen Zweifel darüber, daß, ganz im Sinne der Doctrin, unter der wesentlichen Beihilfe eine solche verstanden wird, welche nach ihrer besondern Beschaffenheit in der Strafbarkeit, wie man meinte, der Urheberschaft gleichsteht [14]). Wenn aber, wie angegeben, im Wesen der Beihilfe ein solcher qualitativer Unterschied nicht liegt, wenn es keinen Fall der Beihilfe giebt, in welchem sie der Schuld des Urhebers gleichstände [15]), so wird auch im preußischen Strafrechte dieser Unterschied nur als ein quantitativer behandelt, nicht aber auf die früheren vergeblichen Versuche, das Criterium eines qualitativen Unterschiedes aufzusuchen, zurückgegangen werden dürfen. Handelt es sich aber um das Mehr oder Weniger, so wird es allerdings im concreten Falle oft schwer werden die Grenze zu ziehen. Ein solches Mehr oder Weniger liegt also einerseits in der Beschaffenheit der Handlung selbst, die allerdings bald ein größeres, bald ein geringeres Maß der Beihilfe und Mitwirkung enthalten wird, und andrerseits in der größern oder geringern Macht der Verführung, welche im concreten Falle auf den Gehilfen einwirkte, und mit welcher die Größe seiner Schuld im umgekehrten Verhältnisse steht. Eine Veranlassung, die Frage: ob die Beihilfe eine nicht wesentliche war, durch die Geschworenen entscheiden zu lassen, ist nach §. 35. allerdings nur dann vorhanden, wenn das betreffende Gesetz Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe droht; gleichwohl wird aber auch

---

13) Beseler Komment. S. 160 flg. Goltdammer Mat. I. S. 298. 299. Verhandlungen der ersten und zweiten Kammer über die Entwürfe rc. S. 77.

14) Die Revision von 1845 verstand unter wesentlicher Beihilfe eine solche, ohne die unter den vorhandenen Umständen das Verbrechen nicht hätte ausgeführt werden können. Die Kommission der zweiten Kammer und das Gesetz selbst spricht sich über das Criterium, nach welchem die wesentliche von der nicht wesentlichen Beihilfe zu unterscheiden ist, nicht aus, und schon darum ist es bedenklich jenes Criterium als das entscheidende zu betrachten, wie Goltdammer S. 325. und ebenso Temme Lehrb. S. 362 will. Dazu kommt, daß es wissenschaftlich nicht zu rechtfertigen ist, und daß es bei strenger Handhabung in der Praxis nothwendig dahin führen muß, in den bei weitem meisten Fällen eine wesentliche Beihilfe anzunehmen.

15) Diesen Satz als einen bedingungslos geltenden begründet zu haben ist ein wesentliches Verdienst Köstlins und Berners.

in allen anderen Fällen der Richter, um im Geiste des Gesetzes zu handeln, zum Zwecke der Strafzumessung sich vergegenwärtigen müssen, ob die Beihilfe für eine wesentliche oder nicht wesentliche zu erachten sei. Wird die Beihilfe für eine nicht wesentliche erachtet, so tritt nach §. 35., wenn das auf den schuldigen Gehilfen anzuwendende Strafgesetz Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe droht, an die Stelle derselben, wie angegeben, zeitige Zuchthaus- oder zwei- bis zehnjährige Gefängnißstrafe. Für den andern Fall ist schon hieraus zu folgern, daß, wie man bei der Fassung des §. 35. beabsichtigte, für die nicht wesentliche Beihilfe ein geringeres Strafmaß wie das der Urheberschaft mindestens stets zulässig, wenn auch nicht gesetzlich gefordert ist. Wenn aber hier das richterliche Ermessen sich nothwendig innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes bewegen muß [16]), so ergiebt sich hieraus allerdings die bedenkliche Consequenz, daß bei den schwersten Verbrechen der Gehilfe möglicherweise eine geringere Strafe erleidet, als bei minder schweren Verbrechen oder Vergehen [17]).

Wird die Beihilfe für eine wesentliche erachtet, so gilt die Regel, daß auf den Gehilfen das gleiche Strafgesetz wie auf den Urheber anzuwenden sei, ausnahmslos. Es wird aber aus der gesetzlichen Unterscheidung der wesentlichen und nicht wesentlichen Beihilfe und der strafrechtlichen Behandlung der letztern weiter auch gefolgert werden müssen, daß zwischen der wesentlichen Beihilfe und der Urheberschaft an sich ein Unterschied in der Strafbarkeit überhaupt nicht stattfinden soll [18]). Dennoch wird auch in solchem Falle die Strafe des Thäters und des Gehilfen nicht nothwendig dieselbe sein müssen, sondern wird für den Gehilfen eine geringere sein können, wofern dies in Berücksichtigung rein individueller seine Schuld mildernder Momente erforderlich erscheint. Umgekehrt wird aber auch wegen solcher Momente möglicherweise die Strafe des Thäters eine geringere sein können als die des Gehilfen; mit anderen Wor-

---

16) Daß nach §. 35. bei nicht wesentlicher Theilnahme die Annahme mildernder Umstände wohl nur dann zulässig sein soll, wofern das betreffende, Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe drohende Gesetz sie überhaupt zuläßt, wird wohl mit Beseler Komment. S. 164 darum anzunehmen sein, weil in dieser Beziehung die Kommission der zweiten Kammer auf die Analogie des Versuches hinwies. Vgl. Goltdammer A. II. S. 523. So auch die Entscheidung des Ob. Trib. bei Goltdammer a. a. O. S. 825.

17) Worauf Beseler a. a. O. mit Recht aufmerksam macht.

18) Dies ist auch der Grundsatz, von welchem die Motive des Entwurfs von 1856 ausdrücklich ausgehen. Uebrigens kann den klaren Worten des Gesetzes gegenüber der offenbare, schon von Beseler Komment. S. 163 gerügte, Irrthum im Berichte der Kommission der zweiten Kammer zu §. 32. des Entwurfs nicht in Betracht kommen.

ten: eine Verschiedenheit der Bestrafung wird hier nicht durch den Unterschied der Beihilfe und Urheberschaft, sondern nur durch rein individuelle, von diesem Unterschiede ganz unabhängige, Schuldmomente begründet[19]), und es ist in dieser Beziehung das preußische Strafrecht von den Grundsätzen des gemeinen deutschen vollständig abgewichen. Es kann daher der gesetzlichen Bestimmung gegenüber nicht gebilligt werden, wenn man, der allerdings richtigern deutschen Rechtsanschauung zu Liebe, den §. 35. dahin zu interpretiren sucht, daß auch die wesentliche Beihilfe, eben weil sie Beihilfe ist, geringer zu strafen sei als die Urheberschaft, insoweit dies die relativ bestimmte Strafe zuläßt[20]). Einer solchen Auffassung widerspricht auch der Umstand, daß die Anwendbarkeit der absolut bestimmten Strafen nur bei der nicht wesentlichen Beihilfe ausgeschlossen ist, woraus sich, wenn wirklich auch die wesentliche Beihilfe weniger strafbar sein sollte als die Urheberschaft, die große Härte und Inconsequenz ergeben würde, daß diese geringere Strafbarkeit zwar bei allen relativ bestimmten Strafen nicht aber bei den absolut bestimmten practisch ausführbar sein würde. Diese Inconsequenz verschwindet dagegen, wenn Urheberschaft und wesentliche Beihilfe an sich als gleich strafbar angesehen werden, da dann die absolut bestimmte Strafe ebenso bei dem Urheber wie dem Gehilfen eine Berücksichtigung rein individueller die Schuld mindernder Momente ganz ausschließt, oder nur auf dem Wege der Gnade zuläßt.

b. Der intellectuelle und der physische Urheber.

§. 86. Eine zweite Form der Theilnahme ist die intellectuelle Urheberschaft. Intellectueller Urheber ist derjenige, welcher einerseits seine verbrecherische Absicht selbständig gestaltete, und andrerseits zum Zwecke der Verwirklichung derselben sich der Thätigkeit eines Andern bedient, den er durch intellectuelle Einwirkung hierzu bestimmte. Der intellectuelle Urheber ist also Urhe-

---

19) Auch damit stimmen die Motive ganz überein, obwohl es fraglich ist, ob man sich über die Consequenzen des Grundsatzes völlig klar war.

20) So Temme Lehrb. S. 363. Auch Goltdammer Mat. I. S. 328 wenn er verlangt, daß der Gehilfe, dessen Hilfe eine „wesentliche" war, nach dem Maße der Theilnahme und sonstigen Mitwirkung gestraft werden solle. Es fehlt bisher an Mittheilungen darüber, wie sich die Behandlung der als wesentlich erachteten Beihilfe in der Praxis gestalten mag, aber es steht sehr zu vermuthen, daß sich auch die Praxis dahin neigen wird den Gehilfen in allen Fällen geringer zu bestrafen als den Urheber.

der einmal in dem Sinne, daß die verbrecherische Absicht in seiner Denkthätigkeit ihren Ursprung hat, sodann aber auch in dem Sinne, daß die verbrecherische That ihrem ganzen Umfange nach in seiner Willensthätigkeit ihren Grund hat, denn wenn er sich zwar in seiner Thätigkeit auf das Anstiften eines Andern beschränkte, so hat er doch die Handlung des Angestifteten, insofern dieselbe von ihm absichtlich wirklich veranlaßt wurde und seiner Absicht entspricht, auch vollkommen als die seine anzuerkennen. Damit ergiebt sich von selbst, daß die intellectuelle Urheberschaft stets die Absicht voraussetzt und niemals in der Form der Fahrlässigkeit vorkommen kann. Der Angestiftete unterscheidet sich von dem anstiftenden Urheber zunächst dadurch, daß er nicht der selbständige Schöpfer der verbrecherischen Absicht, sondern ein zu verbrecherischer Thätigkeit Angestifteter ist, welcher, in der Art des Gehilfen, absichtlich für die Verwirklichung einer fremden Absicht thätig wird. Ist aber der Angestiftete der intellectuellen Einwirkung des Anstifters gegenüber durchaus frei, so daß das Geschehene ihm vollkommen als seine eigene Handlung zuzurechnen ist, und muß ihm die strafbare Handlung nothwendig in allen Momenten ihres gesetzlichen Thatbestandes zugerechnet werden, so ist er im Sinne der formellen Zurechnung stets selbst Urheber, und zwar näher, in Rücksicht auf die Beschaffenheit seiner Handlung und den Mangel der selbständig gebildeten Absicht, physischer Urheber. Hieraus folgt von selbst, daß wenn Jemand einen Andern durch intellectuelle Einwirkung dazu bestimmt seine verbrecherische Absicht zu verwirklichen, dennoch von intellectueller Urheberschaft nicht die Rede sein kann, wenn der Bestimmte dem ihm bestimmenden Einflusse gegenüber unfrei erscheint, sei es, daß er überhaupt unzurechnungsfähig war, oder daß der vorhandene oder absichtlich veranlaßte entschuldbare Irrthum eines Zurechnungsfähigen benutzt wurde, um ihn zu einer Handlung zu veranlassen, deren er sich als einer rechtswidrigen nicht bewußt war, und die ihm als eine solche darum auch nicht zugerechnet werden kann. In solchem Falle ist der Bestimmte nur das unfreie Werkzeug des ihn Bestimmenden, der darum als unmittelbarer Urheber erscheint. Aber selbst dann, wenn der Irr-

thum des Handelnden ein vermeidlicher war, so daß ihm eine strafbare Fahrlässigkeit zur Last fällt, kann derjenige, welcher den absichtlich erregten oder vorgefundenen Irrthum benutzte, um seine verbrecherische Absicht durch den Irrenden zur Ausführung zu bringen, nicht als intellectueller, sondern nur als unmittelbarer Urheber betrachtet werden, weil es an der nothwendigen Voraussetzung der Theilnahme überhaupt, an der gemeinsamen Absicht, fehlt, und weil darum die strafrechtliche Beurtheilung eines Jeden von der des Andern durchaus unabhängig ist.

Anmerk. 1. Auch für die Lehre von der intellectuellen Urheberschaft sind die Grundsätze des römischen und ältern deutschen Rechtes nur insofern von Bedeutung, als die italienischen Criminalisten ihre Ansichten in meist sehr ungenügender und gezwungener Weise durch dieselben zu belegen suchten. Bei ihnen findet nun gerade die intellectuelle Urheberschaft eine sehr ausgedehnte Berücksichtigung[1]), indem sie das Mandat als eine besondere Form der Theilnahme betrachten, dem dann nach Analogie der privatrechtlichen Normen, gewöhnlich auch die ratihabitio gleichgestellt wird. Die allgemeine Regel von der sie ausgehen, ist die gleiche Strafbarkeit des Mandanten und des Mandatars, die dann Einschränkungen erleidet, wenn der Mandatar die Grenzen des Mandats überschreitet, wenn der Mandant das Mandat widerruft, und wenn der Auftrag dem zu diesem Verbrechen bereits Entschlossenen ertheilt wird. Zu einer genügenden Begriffsbestimmung der intellectuellen Urheberschaft gelangen sie aber darum nicht, weil sie vom Mandat das consilium als eine besondere Form der Theilnahme unterscheiden, das sich bald als Beihilfe, bald als intellectuelle Urheberschaft darstellt, je nachdem es dem alias facturo oder dem alias non facturo ertheilt wird. Die Carolina, welche wohl ohne Zweifel die Lehre der italienischen Criminalisten als die gemeinrechtlich geltende voraussetzen mochte, gedenkt der intellectuellen Urheberschaft nur beiläufig, ohne irgend erschöpfende Bestimmungen über die strafrechtliche Behandlung des anstiftenden und angestifteten Urhebers zu geben[2]). Die deutsche Doctrin schloß

---

1) Gandinus Rubr. de penis reor. Angel. Aret. Gl. Et Sempr. Rudolphi barbitons. Gl. dicto malef. semper. August. ibid. Hippol. De Marsiliis Pract. §. Constante. n. 46. Paul. Ghirland. De poenis omnif. coitus. qu. 10. Decianus Tract. crim. VI. c. 36. IX. 32. J. Clarus §. fin. qu. 60. 88. 89. Carrerius Tract. de homicid. P. Farinacius Var. quaest. L. IV. 15. qu. 129. 134. 135.

2) Nur in Art. 107. werden beide in der Strafe gleichgestellt. Vgl. die

sich zunächst vollständig an die Italiener an, und auch die sächsischen Criminalisten stehen ganz auf dem Standpunkte derselben [3]). Bei Carpzow ist nur bemerkenswerth, daß bei ihm neben dem mandatum und auxilium das consilium ganz zurücktritt, und nur noch als eine Form der Beihilfe in Betracht kommt, woraus sich eine schärfere Unterscheidung der intellectuellen Beihilfe und Urheberschaft ergab [4]), und daß er wiederholt die Schuld des Mandanten als eine größere als die des Mandatars bezeichnet, weil er diesem in allem Andren gleichstehend, noch die sittliche Schuld der Verführung zu tragen habe [5]). Wenn man sich auch noch in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts in der Terminologie der Italiener bewegte, so trat doch in der Auffassung der intellectuellen Urheberschaft allmälig unter dem Einflusse des Naturrechtes größere Klarheit und Schärfe ein. Einerseits wurden von derselben die Fälle ausgeschieden, in denen der Angestiftete dem intellectuellen Einflusse gegenüber nicht völlig frei erscheint, und andrerseits wurde, wenn man auch immer noch mandatum und consilium unterschied, doch in Betreff des consilium, mit Beseitigung der anderen hergebrachten Unterscheidungen, alles Gewicht darauf gelegt, ob der Rathgeber vermöge seines Rathes sich als auctor darstelle oder nicht [6]). Aber eben so wie das Verhältniß des Urhebers und Gehilfen, wurde auch das des intellectuellen und physischen Urhebers auf das Princip der objectiven Causalität zurückgeführt, und wie die Thätigkeit des Gehilfen als causa minus principalis, Nebenursache bezeichnet wurde, so die des intellectuellen Urhebers als concausa, Mitursache, woraus sich für ihn von selbst die gleiche Strafe wie für den Angestifteten ergab. Näher unterschied man wohl noch die Thätigkeit des Anstifters als die causa moralis von der des Angestifteten als der causa physica. Dagegen trat

---

abweichende Ansicht Ludens Abhandl. II. S. 344. Handb. I. S. 358. 456. Im Art. 49. wird Bestellen zur Verrätherei erwähnt, bei dem Erwecken des Aufruhrs in Art. 127. und dem Ursacher in Art. 148. ist wohl der auctor des römischen Rechtes gemeint. Vgl. Zachariä im A. 1850 S. 272. Roßhirt jun. im A. 1851 S. 561 flg.

3) Berlich Concl. pract. V. c. 55. Carpzow Pract. qu. 4. qu. 37. n. 47 seq. qu. 38. n. 48—54. qu. 50. n. 35. qu. 91. n. 21—25.

4) L. c. qu. 87. n. 4 seq.

5) L. c. qu. 4. n. 12. qu. 38. n. 54. qu. 50. n. 35. Er folgt hier besonders Decian. IX. c. 32. n. 4.

6) Matthaei Proleg. I. 12. Pufendorf l. c. I. 5. §. 9. VIII. c. 1. §. 6 Cocceji De socio crim. §. 18. Stryk De mandat. delinqu. und De imputatione fact. alien. c. 5. Kress Comment. in C. C. C. ad art. 177. n. 2. 3. Böhmer ad Carpz. obs 1. ad qu. 4. obs. 1. ad qu. 87. Med. ad art. 177. §. 2 seq.

jetzt jede Reflexion auf eine Verschiedenheit der sittlichen Schuld beider völlig zurück. Die Folge war, daß man nunmehr auch die Terminologie der Italiener beseitigte und eine andere auf das Causalitätsverhältniß sich gründende, an die Stelle setzte [7]). Das preußische A. L. R. stellte sich rücksichtlich der intellectuellen Urheberschaft, mit Vermeidung der technischen Ausdrücke, ganz auf den Standpunkt der herrschenden Doctrin, und eigenthümlich ist ihm nur eine beschränkte Berücksichtigung des verschiedenen Maßes der sittlichen Schuld des Anstifters und Angestifteten [8]).

Feuerbach und Stübel waren es, welche die Lehre von der intellectuellen Urheberschaft, wie von der Theilnahme überhaupt, auf der bereits gegebenen Basis, in strengere wissenschaftliche Form brachten [9]). Durch Feuerbach wurde die Bezeichnung „intellectueller und physischer Urheber" in die Doctrin eingeführt, und außerdem wich er von der bisherigen Lehre darin bedeutsam ab, daß er, obwohl an dem Principe der objectiven Causalität festhaltend, doch eine größere Strafbarkeit des intellectuellen Urhebers gegenüber dem physischen annahm, die sich weiter noch nach den verschiedenen Mitteln der Anstiftung in sich abstufen sollte, nach der Regel, daß „jemehr Gründe für die Existenz der Rechtsverletzung in der Handlung des Urhebers gegründet waren, desto größer die Strafbarkeit" sei [10]). Der Feuerbachschen Lehre ist im Ganzen die neuere Doctrin gefolgt, nur daß man das Causalitätsprincip weniger scharf betonte, und darum auch eine verschiedene Strafbarkeit der intellectuellen und physischen Urheberschaft nicht vermöge des Wesens derselben, sondern nur vermöge individueller Schuldunterschiede zulassen wollte [11]). Die Versuche, von Feuerbach abzuweichen, führten wenigstens zu keinem wirklichen Fortschritte [12]). Auch hier

---

7) Eisenhardt De vera crim. socii notione 1750. Püttmann Element. §. 50. Koch Inst. I. c. 4. Quistorp I. §. 59. 60. Kleinschrod I. §. 177. 182 flg. Klein §. 133. 140.

8) A. L. R. II. 20. §. 67—70. Worin hier die von Köstlin System S. 364 behauptete besondere Verwandtschaft des A. L. R. mit Carpzow liegen soll, ist nicht einzusehen.

9) Feuerbach Revision II. S. 252 flg. Vgl. Lehrb. §. 44. Stübel Thatbestand §. 55 flg. Theilnahme §. 47 flg.

10) Revision II. S. 254 u. 257—259. Lehrb. §. 112. 113. Die merkwürdige Untersuchung bei Decianus IX. 32. n. 4. hätte ihn belehren können, daß, so richtig diese Schuldunterschiede an sich sind, sie sich doch nicht auf das Causalitätsgesetz gründen lassen. Die Feuerbachsche Ansicht hat weiter auszuführen und zu stützen gesucht Casse De auctoribus delictorum psychologicis. Havniae 1835. §. 35—44.

11) Martin §. 81. Abegg §. 74. Heffter §. 82. 98. Marezoll §. 35. ist dadurch sehr unklar, daß er überall Zweck und Interesse des Anstifters und Angestifteten einmischt.

12) So geht Tittmann I. §. 101 flg. sehr principlos auf die ältere deut-

ist es das Verdienst Köstlins, das, wozu man sich freilich schon vorher mehr und mehr geneigt hatte, klar ausgesprochen und begründet zu haben [13]), daß nämlich hier von einer abstracten Causalität nicht die Rede sein könne, und daß ihr die Annahme einer intellectuellen Urheberschaft geradezu widerspricht. Wenn nämlich Seitens des physischen Urhebers nothwendig eine freie Handlung gefordert wird, so hat freilich der Wille desselben seinen Grund nur in sich selbst und nicht im Willen des Anstifters. Ihm schließt sich auch hier, abgesehen von der äußern Form der Behandlung, in allem Wesentlichen Berner an [14]). Besteht also die Thätigkeit des intellectuellen Urhebers nur in einem Bestimmen zur Selbstbestimmung, so wäre es nur weiter noch darauf angekommen dieses Bestimmen in seiner eigenthümlichen strafrechtlichen Bedeutung aufzufassen, wonach es sich als ein Verführen darstellt, das eine eigenthümliche Form der sittlichen Schuld ergiebt.

Anmerk. 2. Daß von intellectueller Urheberschaft nicht die Rede sein kann, wenn sich Jemand eines andern Menschen vermöge körperlichen Zwanges als Mittel zur Ausführung eines Verbrechens bedient, versteht sich von selbst [15]). Aber auch vom Zwange abgesehen ist nicht eine jede Art der intellectuellen Einwirkung geeignet intellectuelle Urheberschaft zu begründen, von der nur die Rede sein kann unter Voraussetzung einer zuzurechnenden schuldhaften Handlung des Angestifteten. Das Bestimmen eines Unzurechnungsfähigen, eines im entschuldbaren Irrthum Handelnden, und ein solcher ist auch der in Folge eines rechtsverbindlichen Befehles Handelnde, begründet also nur unmittelbare nicht intellectuelle Urheberschaft [16]). Aber selbst dann fällt die intellectuelle Urheberschaft weg,

---

sche und italienische Doctrin zurück. Ueber Ludens Versuch einer eigenthümlichen Begründung dieser Lehre, Abhandl. II. S. 332 flg., vgl. Köstlin N. Revis. S. 522 flg. Schirach im N. A. III. S. 415 flg. geht ganz auf den Standpunkt des römischen Rechtes zurück.

13) Köstlin N. Revis. S. 509 flg. Syst. S. 209.

14) Berner Theilnahme S. 269 flg.

15) Mittermaier N. 1. zu Feuerb. §. 46. Auch in mehrere Gesetzbücher, z. B. das Bayerische, ist der Irrthum übergegangen den Zwang als Mittel der Anstiftung zu bezeichnen.

16) Martin §. 80. Luden Abhandl. II. S. 333 flg. Handb. I. S. 356 flg. Köstlin N. Revis. S. 510 flg. Syst. S. 301. Berner a. a. O. S. 282 will auch im Falle des rechtverbindlichen Befehles eine intellectuelle Urheberschaft annehmen, weil der Gehorchende doch frei handle, wenn auch nicht strafbar sei. Bei der Theilnahme am Verbrechen kommt es aber nicht bloß darauf an, ob der Theilnehmer frei handle, sondern ob er verbrecherisch handle. In Bezug auf den Urheber steht der pflichtmäßig Gehorchende dem Gezwungenen völlig gleich, und nur wenn man die Theilnahme ganz unjuristisch als

wenn der Angestiftete sich nur in culpa befindet, weil das wesentlichste Moment der Theilnahme am Verbrechen, die gemeinsame verbrecherische Absicht fehlt, und weil also in Betreff des vorliegenden Verbrechens auch der culpos Handelnde dem dolosen Urheber gegenüber als willenloses Werkzeug erscheint. Die Strafbarkeit des Erstern ist also eine durchaus selbständig zu beurtheilende, auf welche die Rücksicht auf den dolosen Urheber ohne alle Bedeutung ist[17]).

Daß und warum der intellectuelle Urheber als ein solcher zu betrachten sei, darüber herrscht gegenwärtig kein Zweifel mehr, viel Unklarheit dagegen neuerdings in Betreff des Angestifteten. Es handelt sich hier natürlich zunächst nur um den Fall, daß der intellectuelle Urheber sich lediglich auf das Anstiften beschränkt, da der Fall, daß der anstiftende physische Urheber mit einem angestifteten physischen Urheber concurrirt, erst weiterhin zu betrachten ist. Die italienischen und älteren deutschen Criminalisten haben bei ihrer vorwiegend empirischen Auffassung nie gezweifelt, daß der das Verbrechen allein ausführende Mandatar als Urheber desselben zu behandeln sei. Ebenso mußte die spätere Doctrin, seit das Causalitätsprincip zur entscheidenden Norm gemacht wurde, den allein handelnden Angestifteten nothwendig als physischen Urheber auffassen. Dagegen ist in Folge der Auffassung Köstlins und Berners die rechtliche Beurtheilung des Angestifteten eine sehr schwankende geworden. Köstlin sagt ausdrücklich, daß der vom intellectuellen Urheber Angestiftete entweder Gehilfe oder selbst Urheber sei, ohne daß genügend klar würde, unter welchen Voraussetzungen das Eine oder das Andere der Fall ist[18]). Berner spricht zwar dem intellectuellen Urheber gegenüber nur von einem physischen Urheber[19]), dagegen bleibt auch bei ihm der Unterschied des angestifteten Urhebers und

---

Theilnahme an einer Handlung nicht als Theilnahme am Verbrechen betrachtet, mag man den pflichtmäßig Gehorchenden als Theilnehmer, den Befehlenden als Anstifter auffassen, obwohl man wird zugeben müssen, daß ein solcher Anstifter strafrechtlich dem unmittelbaren Urheber völlig gleichsteht. Völlig inconsequent ist es, wenn Berner S. 289 gleichwohl unmittelbare Urheberschaft annimmt, falls der Angestiftete im entschuldbaren Irrthum handelt.

17) Wenn die meisten Criminalisten anderer Ansicht sind, so hat dies seinen Grund nur darin, daß man im Begriffe der Theilnahme am Verbrechen schwankt, und sie bald in einem weitern bald engern Sinne nimmt. Vgl. Bauer Abhandl. I. S. 439. Feuerbach §. 46. Mittermaier im N. A. III. S. 142. Berner a. a. O. S. 290. Köstlin Syst. S. 305, wo er die N. Revis. S. 513 ausgesprochene richtige Ansicht zurücknimmt.

18) N. Revis. §. 139. Auch §. 145 flg., wo mit Ausschluß des Gehilfen nur vom intellectuellen und physischen Urheber die Rede ist, wird die Frage nicht klar. Ebenso System §. 96 flg.

19) Theilnahme S. 269 flg.

des angestifteten Gehilfen durchaus unklar. Der Grund davon liegt bei Beiden darin, daß sie den Begriff der Beihilfe nur subjectiv bestimmen wollen, denn soll er nur dadurch bestimmt werden, daß der Gehilfe der fremden Absicht dient, so ist freilich der Gehilfe von dem angestifteten physischen Urheber, insofern dieser das Gleiche thut, überhaupt nicht zu unterscheiden. Zwar ist Köstlin wie Berner von der Consequenz der eigenen Ansicht durch den Grundsatz abgewichen, daß der Gehilfe zum Urheber werden soll, wenn er die Haupthandlung begeht, insofern diese die zum Verbrechen erforderliche Absicht nothwendig involvirt [20]). Sieht man von der schon oben gerügten Unterscheidung der Haupthandlung und Nebenhandlung ab, so ergiebt sich aus diesem Grundsatze, daß es Fälle geben soll, in denen der Gehilfe auch die Haupthandlung begehen kann. Er wird dann also wohl auch Gehilfe bleiben, wenn er außer der Haupthandlung Nebenhandlungen begeht, und folgerecht schließlich auch dann, wenn er allein und ohne den Anstifter handelt. Dagegen ist zuerst einzuwenden, daß die obige Regel, wonach die Haupthandlung einmal die zum Verbrechen erforderliche Absicht involviren soll, das andremal nicht, geradezu völlig unverständlich ist. Die Absicht nur für die Verwirklichung einer fremden Absicht thätig sein zu wollen, die allerdings die dem Gehilfen, aber nicht ihm allein, eigenthümliche ist, bleibt unverändert dieselbe, wie auch die daraus hervorgehende Thätigkeit beschaffen sein mag. Diese Absicht ist ganz dieselbige bei dem Gehilfen, der eine s. g. Nebenhandlung vollbringt, wie bei dem Banditen, der gegen Lohn den Mord eines ihm fremden und gleichgiltigen Menschen übernimmt, und trotz des Lohnes, den er verdienen will, beim Morde doch nur der fremden Absicht dient, und vielleicht das Geld viel lieber durch eine andere Thätigkeit verdienen möchte [21]). Der eigentliche Fehler jener Köstlin-Bernerschen Auffassung liegt aber darin, daß man aus Besorgniß dem Fehler der Feuerbach-Stübelschen Lehre zu verfallen, einen in dem objectiven Momente der Handlung liegenden Unterschied des Urhebers und Gehilfen nicht zugeben will, und ihn darum in der angegebenen gezwungenen Weise in das subjective Mo-

---

20) Köstlin N. Revis. §. 138. System §. 292. 294. Berner a. a. O. S. 214 flg.

21) Auch durch das Beispiel, das Berner a. a. O. zur Erläuterung beifügt, wird nicht klar, wie Jemand Gehilfe bleiben könne, obwohl er die s. g. Haupthandlung begeht. Der Sohn, der für den Vater das Holz stiehlt, ist selbst Dieb und Urheber, so gut wie Crispin, der für die Armen das Leder stiehlt. Die Absicht zu stehlen wird dadurch keine andere, daß das Interesse des Stehlenden ein anderes als das der meisten Diebe ist.

ment verlegt. Der Unterschied liegt also nicht in dem Vollbringen der Haupt- oder Nebenhandlung, nicht in einer eigenthümlichen Absicht, welche angeblich die Begehung der Haupthandlung involvirt, sondern allein darin, daß die Handlung des Gehilfen nicht alle Momente der strafbaren vom Urheber beabsichtigten und vollbrachten Handlung umfaßt, wogegen dies bei dem angestifteten physischen Urheber allerdings der Fall ist. Dies wirkt freilich auf die Absicht insoweit zurück, als sie bei dem physischen Urheber nothwendig auf ein Mehreres, auf eine umfassendere Thätigkeit als bei dem Gehilfen gerichtet ist, wogegen sie ebenso nothwendig ihrem allgemeinen Wesen nach dieselbe bleibt wie die des Gehilfen, nämlich die für die Verwirklichung einer fremden Absicht, hier die des intellectuellen Urhebers, thätig zu sein [22]). Damit soll freilich nicht geleugnet werden, daß nicht möglicherweise die Anstiftung sich auch darauf beziehen könnte in dem Angestifteten eine selbständige verbrecherische Absicht hervorzurufen, in welchem Falle dann auch der physische Urheber mit dem Willen seine eigene Absicht zu verwirklichen handeln würde. Aber gerade von einem solchen Falle ist hier vorläufig durchaus abzusehen, wenn nicht, wie sich späterhin zeigen wird, die Begriffsbestimmung der Miturheberschaft von vornherein schwankend gemacht werden soll.

§. 87. Das Mittel der Anstiftung kann ein sehr verschiedenes sein, und seine nähere Beschaffenheit ist für das Wesen der intellectuellen Urheberschaft gleichgiltig, wofern es nur von der Art ist, daß es die freie Selbstbestimmung des physischen Urhebers nicht ausschließt, und diesen in Betreff des begangenen Verbrechens nicht als unfreies Werkzeug des Anstifters erscheinen läßt. Das preußische Strafrecht beschränkt sich rücksichtlich der Begriffsbestimmung der intellectuellen Urheberschaft darauf [1]), eben diese anstiftende Thätigkeit des intellectuellen Urhebers zu characterisiren, indem es, ohne andere ausschließen zu wollen, als Mittel der Anstiftung, Geschenke oder Versprechen, Drohungen, Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, und absichtliche

---

22) Dies ist es offenbar, was Köstlin N. Revis. §. 145. Anmerk. meint, wenn er auch bei dem intellectuellen Urheber fordert, er müsse sich selbst als Zweck seiner Handlung setzen, während der physische Urheber nur Mittel für diesen Zweck sei.

1) St. G. B. §. 34. N. 1. §. 36.

Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums, erwähnt, und die Thätigkeit des Anstifters als ein Auffordern, Anreizen, Verleiten oder Bestimmen bezeichnet.

Anmerk. Seit der Zeit der italienischen Criminalisten bis in die Gegenwart hat man vielfach die Mittel der Anstiftung in casuistischer Weise zu erörtern gesucht [2]). Es liegt in der Natur der Sache, daß alle solche Erörterungen nie erschöpfend sind, und daß das Bestreben eine Reihe specieller Regeln aufzustellen überflüssig ist, wofern im concreten Falle scharf und bestimmt an der obigen allgemeinen Regel festgehalten wird, die sich aus dem Wesen der intellectuellen Urheberschaft ergiebt. Nur insofern sich das preußische Strafrecht darauf beschränkt die Anstiftung in solch casuistischer Weise zu characterisiren, muß auf die betreffenden Bestimmungen näher eingegangen werden. Es kann nach denselben keinem Zweifel unterliegen, daß bei der Anstiftung stets Dolus vorausgesetzt wird. Aber auch rücksichtlich des angestifteten Thäters entscheidet sich das preußische Strafrecht offenbar für die richtige Ansicht, daß derselbe ebenfalls dolos gehandelt haben müsse, und daß ein culposes Handeln des Thäters durch das Wesen der Theilnahme ausgeschlossen werde. Wenn als Theilnehmer derjenige bezeichnet wird, welchen „der Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens angereizt, verleitet oder bestimmt hat," so wird man diese Bestimmung unmöglich auf denjenigen beziehen können, welcher einen Andern zu einer erlaubten Handlung bestimmt, in der Hoffnung und Voraussicht, daß sich aus derselben gegen die Absicht des Handelnden ein rechtverletzender Erfolg ergeben wird [3]). Dem steht auch nicht entgegen, daß die absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums unter den Mitteln der Anstiftung genannt wird, denn indem dies geschieht, folgt schon von selbst, daß hier nicht von einem Irrthume des Thäters die Rede ist, welcher sich auf die zu verwirklichende verbrecherische Absicht des Anstifters bezieht, sondern von einem solchen, der als Mittel der Anstiftung benutzt wird und darum für den Thäter das Motiv seiner Handlung ist, so z. B. wenn der Anstifter durch Entstellung der Wahrheit den Zorn oder das

2) Vgl. Stryk De iure blanditiarum. 1672. und De iure persuasionis. 1678. Lynker De mandato rei turpis. 1699. Schwedendörfer De comminatione. 1668. Gerdes De minis. 1681. Crell De poena instigationis. 1754. Emminghaus De mandato tacito. 1794.

3) Damit stimmt die Praxis überein. Vgl. die Entscheidungen bei Oppenhoff zu §. 34. N. 1. Temme Gl. S. 162. Lehrb. S. 325. Zachariä in Goltdammers A. III. S. 298.

Rachegefühl des Thäters anregt, der sich hierdurch zu seiner Thätigkeit bewegen läßt[4]). Wird also bei dem Anstifter wie Angestifteten die Absicht vorausgesetzt, so sind schon damit die Mittel der Anstiftung ausgeschlossen, durch welche die freie Selbstbestimmung und die vorsätzliche Thätigkeit des Angestifteten aufgehoben erscheint. Daß die im §. 34. genannten Mittel für die Anstiftung durchaus geeignete sind, ist nicht zu bezweifeln. Geschenke und sonstige Versprechungen sollen also bei dem Angestifteten ein Interesse an der vom Anstifter beabsichtigten That erwecken, durch das sich jener dazu bestimmen lassen soll den ihm ertheilten Auftrag zu übernehmen. Dem wird natürlich der nicht speciell genannte unentgeltlich übernommene Auftrag gleichstehen, der in den Fällen ein geeignetes Mittel der Anstiftung sein wird, in denen der Angestiftete zufällig ein genügendes Motiv zur That in sich selbst findet, z. B. Liebe, Freundschaft, Dankbarkeit gegen den Anstifter. Von einer dem Mandat gleichstehenden Ratihabitio, mit welcher die italienischen Criminalisten sich viel beschäftigten, kann hier nicht die Rede sein[5]). Die Drohung, die niemals wie der Zwang die Zurechenbarkeit der vom Bedrohten begangenen Handlung ausschließt, ist jedenfalls in so weit Mittel der Anstiftung, als sie nicht das Maß erreicht, durch welches der Bedrohte in einen Nothstand versetzt wird, und nach §. 40. des St. G. B. die Strafbarkeit desselben ausschließt. Im Uebrigen ist ihre nähere Beschaffenheit, wofern sie nur im concreten Falle den Thäter wirklich bestimmt hat, gleichgiltig[6]). Auch der Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt gehört nur insofern hierher, als nicht ein formell rechtsbeständiger und für den Thäter verbindlicher Befehl ertheilt wird. Daß die absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums sich nur auf das Motiv des Thäters beziehen könne, ist schon erwähnt. Alle diese Mittel sind aber ausdrücklich nur beispielsweise und ohne andere Mittel der Anstiftung auszuschließen, angeführt. Außerdem führt §. 36. als Mittel der Anstiftung an: Reden an öffentlichen Orten oder bei öf-

---

4) Das ist es, was der Kommissionsbericht der ersten Kammer S. 6. 7. ausdrücklich sagt, und was Goltdammer ganz falsch versteht, wenn er Mat. I. S. 301 den Bericht durch Einschiebung eines „nicht" verbessern will. Er hat darum auch die Worte des §. 34. N. 1. falsch verstanden, und demgemäß eine culpose, physische Urheberschaft angenommen. Vgl. dagegen die Entscheidungen bei Oppenhoff a. a. O. N. 25.

5) Mathaeus Proleg. I. §. 14. Böhmer ad C. C. C. art. 177. Heffter §. 82. N. 3. Goltdammer a. a. O. S. 305.

6) Die Frage, ob die erregte Furcht eine gerechte war, auf welche man Gewicht legen will, Henke I. S. 273. Mittermaier im N. A. III. S. 140 flg., könnte höchstens auf das Strafmaß des Thäters von Einfluß sein.

fentlichen Zusammenkünften, und Schriften, Abbildungen oder andere Darstellungen, welche verkauft, vertheilt oder umhergetragen, oder öffentlich ausgestellt oder angeschlagen werden. Die Grundlage für diese Bestimmung bildete eine Bestimmung des Entwurfs von 1827, nach welcher für den Fall eines solchen Benehmens die Möglichkeit einer culposen Anstiftung angenommen wurde [7]). Wenn zwar diese Annahme sofort von der Gesetz-Revisions-Kommission verworfen wurde, so glaubte man doch eine analoge Bestimmung in das Strafgesetzbuch aufnehmen zu müssen. Das Eigenthümliche derselben liegt also darin, daß, wenn zwar die Absicht zu einem Verbrechen oder Vergehen anzustiften die Voraussetzung bildet, doch von der Absicht ein bestimmtes Individuum anzustiften abgesehen wird, indem es der Anstifter dem Zufall überläßt, wer sich etwa durch seine Reden, Schriften, Darstellungen bestimmen lassen möchte. In solchem Falle ist es freilich kaum einzusehen, wie der Beweis geführt werden soll, daß eine derartige Anstiftung im concreten Falle wirksam gewesen ist, und dies um so weniger, als wohl meistens der Thäter selbst sich darüber nicht klar sein wird, in wie weit er bei der Gestaltung der Absicht selbständig war oder unter dem Einflusse der Anstiftung stand. Darum liegt auch das eigentliche Interesse dieser Bestimmung darin, daß es darauf ankam ein solches Verhalten auch ohne Rücksicht auf den Erfolg ausdrücklich als ein strafbares zu behandeln. Die Thätigkeit des Anstifters wird als ein Auffordern, Anreizen, Verleiten, Bestimmen bezeichnet, und hier wie bei der Anstiftung des Gehilfen wird es sich immer darum handeln ein den Willen des Anzustiftenden bestimmendes Motiv zu erschaffen, und dies erschaffene oder auch zufällig vorgefundene Motiv zu benutzen, um aus ihm durch intellectuelle Einwirkung im Angestifteten den verbrecherischen Entschluß hervorgehen zu lassen. Weiter aber unterscheidet sich auch die Anstiftung des physischen Urhebers und des Gehilfen ebenso wie deren Thätigkeit. Bei Beiden wird eine selbständige Absicht erfordert, da ohne eine solche von Handlung und Zurechnung überhaupt nicht die Rede sein könnte: bei Beiden geht die Absicht ihrem Inhalte nach auf eine Thätigkeit, welche der Verwirklichung einer fremden Absicht dienen soll; wenn aber der Wille des Gehilfen dahin geht zur Verwirklichung einer fremden Absicht mitzuwirken, der des physischen Urhebers dahin diese Verwirklichung allein zu übernehmen, so wird natürlich auch die Anstiftung sich demgemäß gestalten müssen. Welches das Motiv des Anstifters, welches das des Angestif-

---

7) Goltdammer Mat. I. S. 306. 307. 335.

teten sei, und ob darin irgend eine Gemeinschaft stattfindet, ist hier wie bei allen Formen der Theilnahme gleichgiltig. Widersinnig ist es in Rücksicht auf das Motiv behaupten zu wollen, daß es gewisse Verbrechen giebt, bei denen eine Anstiftung nicht stattfinden könne, weil eine Stellvertretung des Anstifters durch den Angestifteten nicht denkbar sei, wie z. B. beim Ehebruch, Bigamie, Nothzucht [8]).

§. 88. Durch die Anstiftung wird eine Theilnahme am Verbrechen nur insoweit begründet als die Thätigkeit des physischen der Absicht des intellectuellen Urhebers wirklich entspricht, gleichviel ob diese Thätigkeit ein vollendetes oder versuchtes Verbrechen ergiebt. Beide unterliegen dagegen einer durchaus selbständigen Beurtheilung, wenn der physische Urheber ein ganz anderes als das vom Anstifter beabsichtigte Verbrechen vollbringt, oder insoweit er in seiner Thätigkeit über die Absicht des Anstifters hinausgeht. Bleibt die Anstiftung darum erfolglos, weil der Anzustiftende sich vom Anstifter nicht bestimmen ließ, weil er bereits selbständig entschlossen war, oder weil der wirklich Angestiftete von der bereits versuchten Ausführung des Verbrechens freiwillig zurücktrat, so ist der Anstifter lediglich nach den Grundsätzen über den Versuch des Verbrechens zu beurtheilen, während der Anzustiftende oder Angestiftete überhaupt nicht strafbar ist, wofern nicht etwa seine Versuchshandlung eine selbständig strafbare Rechtsverletzung enthielt. Erscheint die Anstiftung, so lange sie noch ohne Erfolg geblieben ist, als eine strafbare Versuchshandlung, so ist demgemäß auch für den Anstifter der freiwillige Rücktritt vom Versuche möglich, der aber der Natur der Sache nach nicht nur ein Aufgeben der verbrecherischen Absicht, sondern eine Thätigkeit erfordert, durch welche die Ausführung des Verbrechens Seitens des Angestifteten wirklich verhindert wird. Nach preußischem Strafrechte wird jedoch in Rücksicht auf die ihm

8) So Marezoll S. 130. Es wird bei solchen Verbrechen eine Anstiftung freilich nicht vorkommen, wenn das Motiv zu ihrer Begehung die Befriedigung der eigenen sinnlichen Lust ist. Warum aber soll hier eine Anstiftung nicht möglich sein, wenn es dem Anstifter darauf ankommt irgend ein anderes Interesse, z. B. das der Rache an dem durch den Ehebruch gekränkten Gatten, an der Genothzüchtigten, zu befriedigen?

eigenthümliche Auffassung des strafbaren Versuchs die mißlungene Anstiftung überhaupt nicht als strafbar betrachtet werden können. Eine Bestätigung dieses Grundsatzes liegt darin, daß in §. 36. ein besonderer Fall mißlungener Anstiftung ausnahmsweise als ein selbständig strafbares Vergehen behandelt wird.

Anmerk. 1. Von einer Anstiftung kann nicht die Rede sein, wenn der Angestiftete ein ganz anderes als das vom Anstifter beabsichtigte Verbrechen begeht, es wäre denn, daß das begangene Verbrechen sich als Versuch des beabsichtigten darstellt. Begeht der Angestiftete ein anderes Verbrechen, so steht es damit fest, daß er sich für dasselbe aus sich selbst bestimmt hat, und nicht durch den Anstifter bestimmt worden ist, so daß dessen Thätigkeit nur als eine mißlungene Anstiftung beurtheilt werden kann. Auch würde es unzulässig sein sagen zu wollen, es sei zwar die Anstiftung zu dem vom Anstifter beabsichtigten Verbrechen mißlungen, dagegen sei sie doch insoweit gelungen, als sich der Angestiftete zu einer verbrecherischen Thätigkeit überhaupt entschlossen habe, denn in solcher Weise würde man auf die widersinige Annahme einer culposen Anstiftung zurückkommen. Schwieriger dagegen ist die Frage nach dem Exceß des Angestifteten. Schon die italienischen Criminalisten haben diese Frage sehr vielfach besprochen, und wenn in Folge ihrer casuistischen Erörterungen zwar im Einzelnen vielfache Meinungsverschiedenheit stattfand, so hatten sie doch im Allgemeinen die entscheidende Norm ganz richtig getroffen. Wenn sie nämlich den Grundsatz aufstellen, daß der Mandant auch rücksichtlich des Excesses des Mandatars mit der poena ordinaria zu bestrafen sei, wofern es non erat in potestate mandatarii fines mandati non excedere [1]), so ist damit der richtige Grundsatz ausgesprochen, daß, wenn die Thätigkeit des Mandatars der Absicht des Mandanten entspricht, aus ihr aber ein weiterer Erfolg sich ergiebt, welcher dem Mandatar zur culpa zuzurechnen ist, dieser Erfolg dann auch dem Mandanten in gleicher Weise zuzurechnen sei. Es folgt daraus von selbst die weitere Regel, auf welche sie nicht weiter eingehen, daß nämlich ein solcher vom Mandatar nicht beabsichtigter Erfolg dem Mandanten nicht zuzurechnen ist, wofern er auch dem Mandatar als ein durchaus zufälliger nicht zugerechnet werden kann.

---

1) Angel. Aret. et August. Gl. et Sempr. Rudolph. Decianus Tract. crim. IX. c. 36. n. 5 sq. J. Clarus §. fin. qu. 89. n. 5. Carrerius Tract. de homicid. §. circa tertium de causis excusant. P. Farinacius Qu. 135. pars IV. Menoch De arbitr. iud. qu. 1. 2. cent. 4. cas. 352.

Eben so richtig subsumiren die Italiener unter jene allgemeine Norm auch andere Fälle, nämlich solche, in denen der eingetretene Erfolg ein vom Mandatar zwar nicht exclusiv aber eventuell beabsichtigter war, denn auch dann trifft den Mandanten die poena ordinaria, wofern auch seine Absicht, der des Mandatars entsprechend, eine eventuell bestimmte war. Abgesehen von den Fehlern, die in der Anwendung jenes allgemeinen Grundsatzes begangen werden, ist er nur insofern unrichtig gefaßt, als von einem Exceß die Rede ist, der in Wahrheit nicht vorliegt, wenn die Absicht des Anstifters wie Angestifteten die gleiche eventuell bestimmte ist, und eben so wenig wenn zwar ein fahrlässig herbeigeführter Erfolg, nicht aber die vorsätzliche Thätigkeit des Angestifteten über die Absicht des Anstifters hinausgeht. Weniger genügend sind die Ansichten der Italiener über die strafrechtlichen Folgen eines wirklichen Excesses. Sie bezeichnen den Fall des wirklichen Excesses als einen solchen, bei welchem es in potestate mandatarii erat, fines mandati servare. In solchem Falle hat die Abweichung vom Mandat ihren Grund lediglich in dem Willen des Mandatars, und hierbei unterscheiden sie weiter zunächst den Fall, daß der Mandatar ein geringeres Verbrechen als das vom Mandanten beabsichtigte begeht, in welchem sie gleiche Strafbarkeit beider annehmen, gleichviel ob das begangene Verbrechen ein völlig anderes als das vom Mandanten beabsichtigte, oder ob es der Versuch eben dieses Verbrechens war[2]). Wenn dagegen der Mandatar das Mandat dadurch überschritt, daß er ein schwereres als das ihm aufgetragene Verbrechen beging, so soll zwar der Mandant von der poena ordinaria freigesprochen, dagegen jedenfalls mit einer poena extraordinaria bestraft werden, wobei der vorwiegende Gesichtspunkt der ist, ihn wegen eines culpos begangenen Verbrechens zu strafen. An diese Grundsätze schloß sich zunächst auch die deutsche Doctrin vollkommen an[3]). Aber auch die neuere Doctrin ist im Wesentlichen über die Ansichten der Italiener nicht hinausgegangen. Daß dem intellectuellen Urheber nicht bloß der von ihm ausschließlich, sondern auch der eventuell beabsichtigte Erfolg zuzurechnen sei, daß er, wenn die Thätigkeit des physischen Urhebers seiner Absicht durchaus entspricht, nicht nur den vorsätzlichen, sondern auch den eingetretenen, vorauszusehenden Erfolg, und

---

2) Decianus IV. 36. n. 12. P. Farinacius Qu. 135. n. 167. Carrerius Pract. §. 5. n. 74.

3) Carpzow Pract. qu. 4. n. 17—26. behandelt die Frage sehr unvollständig. Leyser Spec. 597. med. 19. Böhmer ad Carpz. qu. 4. obs. 1. Med. ad C. C. C. art. 177. §. 3. Quistorp I. §. 59.

zwar letzteren zur culpa sich zurechnen lassen müsse, ist jetzt ebenso anerkannt [4]), wie es schon die Italiener richtig hervorgehoben hatten, nur daß auch jetzt noch diese gar keinen Exceß enthaltenden Fälle nicht immer genügend von anderen unterschieden werden. Eben so wenig ist ein Exceß vorhanden, wenn der Angestiftete zwar nicht etwas qualitativ Anderes aber quantitativ Geringeres thut als was ihm angesonnen war, sei es, daß er gegen seinen Willen bei dem Versuche stehen blieb, oder daß er mit Willen von der Vollendung zurücktrat. Dagegen liegt ein wirklicher Exceß vor, wenn der Angestiftete nach eigener Entschließung ein Mehreres thut als der Anstifter beabsichtigte, oder wenn er ein qualitativ anderes Verbrechen begeht, gleichviel ob es ein geringeres oder größeres, als das ihm angesonnene ist. Rücksichtlich eines solchen Excesses liegt es in dem Wesen der Anstiftung, daß dem intellectuellen Urheber das nicht zugerechnet werden kann, was er eben nicht angestiftet hat, sondern aus der eigenen Entschließung des physischen Urhebers hervorging. Gleichwohl lassen die meisten neueren Criminalisten ebenso wie schon die Italiener diesen Satz nicht unbedingt, sondern nur in gewissen äußersten Fällen gelten, in denen die Abweichung der That von der Absicht des Anstifters allzu augenscheinlich ist [5]). Wo aber in dieser Beziehung die Grenze zu ziehen sei, darüber ist man sich sehr unklar, weil in Wahrheit für die Verantwortlichkeit des Anstifters nur die eigene Absicht die Norm bilden kann. Zwei Fehler sind es, die man hier gewöhnlich begeht. Einmal läßt man sich irre machen durch die Rücksicht auf das Motiv des Anstifters [6]). Es ist nämlich möglich, daß der Anstifter sich bei der Anstiftung darauf beschränkt, den Angestifteten dahin zu bestimmen durch eine verbrecherische That dem Zwecke und Interesse zu genügen, das er im Auge hat, wogegen er es dem Angestifteten überläßt, durch welche Mittel er diesem Zwecke genügen will, ob er z. B. dem Zwecke des Anstifters sich durch Aneignung einer fremden Sache zu bereichern, durch Begehung eines Diebstahls, Raubes oder Betrugs dienen will. Hier ist offenbar der dolus des An=

---

4) Kleinschrod I. §. 187. Tittmann I. §. 106. Henke I. 530 flg. Bauer Abhandl. I. 431 flg. Köstlin N. Revis. §. 147. Syst. §. 100. Berner Theilnahme S. 295 flg. ist unvollständig und ungenügend.

5) P. Farinacius Qu. 135. n. 174. Püttmann Opusc. iur. crim. I. p. 6. Kleinschrod I. S. 276. Stübel Theilnahme §. 50. Tittmann I. §. 106. Martin §. 81. Kitka Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldiger. 1840. S. 10 flg. Köstlin N. Revis. §. 147. S. Roßhirt im A. 1851. S. 547 flg. Köstlin Syst. S. 328 flg.

6) So besonders Kitka a. a. O. Dagegen Berner S. 302 flg. Auch neuere Strafgesetzbücher, z. B. Bayrisches Art. 48, Würtemb. Art. 76.

stifters ein eventueller, der möglicherweise einen großen Kreis von Eventualitäten umfaßt, und dann wird ihm die That des physischen Urhebers zuzurechnen sein, wenn sie nur überhaupt in diesen Kreis von Eventualitäten hineingehört. Dagegen darf hieraus nicht die allgemeine Regel abstrahirt werden, daß dem Anstifter Alles zuzurechnen sei, was seinem Zwecke wirklich dient und nach der Absicht des Thäters dienen sollte, da es ja eben so möglich ist, daß der Anstifter ebenso wie der unmittelbare Urheber seinem Zwecke nur durch bestimmte Mittel mit Ausschluß anderer gedient wissen wollte, indem er also seine eventuelle Absicht enger begrenzte oder eine exclusiv bestimmte Absicht hatte. In solchem Falle bildet die seiner Absicht nicht entsprechende That einen wahren Exceß, der ihm nicht zuzurechnen ist, wenn die That auch an sich geeignet sein möchte jenem Zwecke zu dienen. Will man diesen Satz nicht gelten lassen, so verfällt man nothwendig der widersinnigen Casuistik der alten Italiener, die aus einem wirklichen oder wahrscheinlichen Interesse, das der Angeschuldigte an der That haben mochte, ihre praesumtiones doli entwickelten. Der andere Fehler liegt darin, daß man den intellectuellen Urheber auch für den wirklichen Exceß des Thäters, wie schon die Italiener, insoweit verantwortlich machen will, als er ihn voraussehen konnte [7]). Der Anstifter kann aber außer für seinen dolus für eine culpa nur insofern haften, als die vorsätzliche Thätigkeit des physischen Urhebers seiner Absicht entspricht, d. h. insofern der über seine Absicht hinausgehende Erfolg seinen Grund nicht in dem freien Entschlusse des Thäters hat, sondern eine vorauszusehende nothwendige Folge der vom Anstifter wie Angestifteten gleichmäßig beabsichtigten That ist. Will man aber dem Anstifter irgend einen aus der freien Entschließung des Angestifteten hervorgegangenen Erfolg darum zur culpa zurechnen, weil er es hätte voraussehen können, daß der Angestiftete sich so entschließen und handeln würde, so verfällt man dem Fehler in dieser beschränkten Beziehung die im Allgemeinen geleugnete Möglichkeit einer culposen Anstiftung zuzulassen. Die Thatsache, daß Jemand gegen seine Absicht einen Andern zur Begehung eines Verbrechens veranlassen kann, soll freilich nicht geleugnet werden; sie ist ebenso möglich wie die, daß Jemand durch Erziehung und Beispiel, durch das Lesen von Büchern, vielleicht sogar der Bibel, zum Verbrecher werden kann. Aber diese Thatsache hat keine strafrechtliche Bedeutung, und will man auch nur in einem

---

7) In der ältern Doctrin ist dieser Satz ganz allgemein anerkannt, in der neuern besonders Köstlin a. a. O. Vgl. Roßhirt a. a. O. Heffter §. 82. Mittermaier zu Feuerbach §. 46. N. 9. Casse l. c. §. 45.

Punkte die Möglichkeit culposer Anstiftung zulassen, so wird man bei jedem Verbrechen eine unendliche Masse von Menschen, vielleicht den Staat selbst, mit strafen müssen, weil es ganz sicher ist, daß der Schuldige unter den Einflüssen der ihn umgebenden geistig sittlichen Welt zum Verbrecher geworden ist. Am allerwenigsten aber kann eine derartige strafbare culpa des Anstifters darum zugelassen werden, weil sonst, wie nicht zu leugnen, dem Anstifter die Möglichkeit gegeben ist, sich durch kluges Benehmen der gerechten Strafe zu entziehen [8]). Man sollte meinen die ältere Doctrin hätte genug abschreckende Beispiele davon gegeben, wohin es führt, wenn man, um der Schwierigkeit des Beweises zu entgehen, die Strafe auf Präsumtionen gründet.

Das preußische Strafgesetzbuch schweigt über den Exceß des physischen Urhebers, und überläßt also die Beurtheilung desselben der Doctrin. Wohl zu beachten aber ist es, daß wenn nach §. 35. auf den Thäter und Theilnehmer dasselbe Strafgesetz zur Anwendung kommen soll, und von dieser Regel nur zu Gunsten des Gehilfen eine Ausnahme zugelassen wird, immerhin eine solche Beurtheilung des intellectuellen und physischen Urhebers nach demselben Strafgesetz doch nur so weit zulässig ist, als sie wirklich in dem Verhältniß des Anstifters und Angestifteten stehen [9]). Nach den Worten des Gesetzes ist derjenige als Theilnehmer zu bestrafen, der den Thäter zur Begehung „des“ Verbrechens oder Vergehens, also des vom Thäter wirklich begangenen, angestiftet hat. Liegt also ein quantitativer Exceß vor, hat der Thäter statt des angesonnenen Diebstahls einen Raub begangen, so kann der Anstifter nicht als Theilnehmer am Raube, wohl aber am Diebstahl, zu dem er angestiftet hatte, und der wirklich begangen worden ist, bestraft werden. Im andern Falle würde man auf die widersinnige Consequenz kommen, daß jeder Exceß, weil der Thäter zu dem Verbrechen, in der Gestalt in der es begangen wurde, nicht angestiftet war, den Anstifter straflos macht, wogegen von einer andern Eventualität, daß nämlich auch den Anstifter die Strafe desjenigen Gesetzes treffen müsse, das auf den Angestifteten vermöge seines Excesses Anwendung findet, gar

---

8) So Kitka S. 19 flg. und Köstlin Syst. S. 328.

9) Goltdammer Mat. I. S. 315 flg. hat sich der herrschenden Doctrin angeschlossen und ist darum auch ihren Irrthümern verfallen. Der Versuch, sich gegen den Vorwurf der Annahme einer culposen Anstiftung zu rechtfertigen, ist nicht geglückt, und wie seine Grundsätze über die von ihm selbst angedeuteten Gefahren hinwegleiten sollen, bleibt unklar. Beseler Komment. S. 151 will gleichfalls den Anstifter für den vorauszusehenden Exceß des Angestifteten verantwortlich machen. Dagegen ganz richtig Temme Gl. S. 103.

nicht die Rede sein kann, weil dies den klaren Worten des §. 35. widerspricht. Es ist darum gerade für die preußische Praxis doppelt nothwendig an den oben entwickelten Grundsätzen über den Exceß streng festzuhalten, weil jede Abweichung davon hier zu besonders gefährlichen Consequenzen führt [10]).

Anmerk. 2. Von der mißlungenen Anstiftung ist der Fall des quantitativen Excesses auszuscheiden, da die Anstiftung jedenfalls gelungen ist, wenn der Angestiftete ein Mehreres that, welches das vom Anstifter beabsichtigte Wenigere mit umfaßte. Dagegen gehören alle Fälle des Excesses, in denen der Angestiftete ein qualitativ anderes als das ihm angesonnene Verbrechen beging, allerdings zur mißlungenen Anstiftung und stehen rücksichtlich der Schuld des Anstifters den Fällen völlig gleich, in denen der Anzustiftende sich nicht anstiften läßt, sich bereits selbständig für das Verbrechen bestimmt hat, oder auch bereits von einem Andern angestiftet war. Dazu kommt dann noch der Fall, daß der Angestiftete vom Versuche des Verbrechens zurücktritt. Wir übergehen auch hier die überdies controversen Bestimmungen des römischen [11]) und ältern deutschen Strafrechts [12]), da sie eben so wenig auf den Entwickelungsgang der Doctrin von Einfluß gewesen sind, als sie heut irgend maßgebend erscheinen können. Jedenfalls hat das canonische Recht die Strafbarkeit einer mißlungenen Anstiftung anerkannt [13]). Damit stimmen im Allgemeinen die italienischen Criminalisten überein, wenn sie sich auch irgend eines festen Principes in dieser Beziehung nicht bewußt sind, und darum im Einzelnen vielfach verschiedener Ansicht waren. So war es bestritten, ob bei dem Mandate zwischen dem alias facturus und non facturus zu unterscheiden sei, ob das Mandat, das dem alias facturus ertheilt wurde, als consilium zu behandeln sei oder nicht, ob die mißlungene Anstiftung mit der poena ordinaria oder extraordinaria zu bestrafen sei [14]). Das Wenige, was Carpzow [15]) über die mißlungene Anstiftung sagt, entnimmt er

---

10) Oppenhoff zu §. 34. N. 28. hat die Goltdammerschen Grundsätze aufgenommen, denen die angeführte Entscheidung des Ob. Trib. offenbar widerspricht.

11) Vgl. Zachariä Versuch II. §. 194 flg. Hepp im A. 1848 S. 279 flg. Rein S. 186. Luden Abhandl. I. S. 293 flg.

12) Vgl. Wilda S. 631—632. Luden a. a. O. S. 360.

13) C. 1. de homidio in VI. 5, 4.

14) Gandinus Rubr. de homicid. A. Aret. u. August. Gl. Et Sempron. Rudolphi barbit. Decianus IX. 36. n. 13 sq. Clarus §. fin. qu. 89. Menach. arbit. quaest. c. 351. 352. P. Farinac. Qu. 124. n. 90—92. qu. 129. n. 90—92. qu. 135. n. 20 sq.

15) Pract. qu. 4. n. 28—29. qu. 19. n. 56. 57. qu. 38. n. 51.

lediglich den Italienern, und auch noch im 18. Jahrhundert wird gewöhnlich nur beiläufig der eine oder andere Fall der mißlungenen Anstiftung besprochen. Insoweit es geschah begann man sich aber allerdings dahin zu neigen die mißlungene Anstiftung als straflos zu betrachten, nur daß man entweder die Regel nicht consequent durchführte [16]), oder wohl auch die mißlungene Anstiftung zwar nicht als solche aber als ein selbständiges Vergehen der Verführung bestrafen wollte [17]). Die neuere Doctrin hat die Frage nach der mißlungenen Anstiftung theils ganz übergangen, theils sich dahin geneigt ein selbständiges Verbrechen der Anstiftung anzunehmen [18]), bei dessen Strafbarkeit also der Erfolg gleichgiltig erscheint, theils wohl auch die Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung ganz geleugnet [19]), insoweit sie nicht etwa in besondern Fällen durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung für strafbar erklärt sei. Nur selten hat man die Anwendbarkeit der Grundsätze über den Versuch zugestanden, und Köstlin der dies thut [20]) verfährt in dieser Beziehung nicht consequent. Es kommt hier besonders darauf an sich vor einem nahe liegenden Trugschlusse zu hüten. Man meint nämlich die gelungene Anstiftung sei, so lange der Angestiftete noch nicht gehandelt habe, nur ein Versuch des Verbrechens und folgert daraus, daß die mißlungene Anstiftung nur ein Versuch des Versuches sei. Mit gleichem Rechte aber würde derjenige, welcher zum Morde das Schießgewehr bereits angelegt hat und am Losdrücken verhindert wird, behaupten, er sei nicht strafbar, denn wenn er losgedrückt und gefehlt hätte, so würde dies nur ein Versuch gewesen sein, und darum sei das Anlegen des Gewehres nur ein strafloser Versuch des Versuches. Es liegen also freilich in manchen Fällen zwischen dem strafbaren Versuche und der Vollendung noch viele Stadien der Thätigkeit, ohne daß man darum das frühere, das an sich selbst schon Versuch ist, im Verhältniß zum späteren als einen Versuch des Versuches bezeichnen dürfte. Es kommt demnach nur darauf an, ob die Anstiftung an sich als ein strafbarer Versuch zu betrachten ist. Wie dies aber geleugnet werden könnte, ist nicht einzusehen, und am wenigsten kann hier der Grundsatz cogitationis poenam

---

16) So Böhmer Med. ad C. C. C. art. 177. §. 4—5.

17) Stryk De mandato delinqu. I. n. 49. Kleinschrod §. 183.

18) Stübel Theilnahme S. 106. Zirkler im A. 1839 S. 439 flg. Hepp im A. 1848 S. 270 flg.

19) Berner Theilnahme S. 254—255. 274. 308—310. Zachariä im A. 1850 S. 284 flg. Kitka a. a. O. S. 43 flg.

20) So Zachariä, der aber die in seinem Werke über den Versuch ausgesprochene Ansicht a. a. O. zurückgenommen hat. Köstlin N. Revis. §. 147. System §. 100.

nemo patitur zur Anwendung kommen. Der Anstifter hat eine verbrecherische Absicht gefaßt; seine Thätigkeit besteht freilich nicht in einer Einwirkung auf die natürliche Welt, wie es ja auch vollendete Verbrechen giebt, z. B. Injurie, Meineid, die ohne solche Einwirkung vollbracht werden. Daß aber seine intellectuelle Einwirkung auf den Anzustiftenden eine wirkliche Thätigkeit, eine Handlung ist, welche der Anstifter vorsätzlich zum Zwecke der Vollendung des Verbrechens vornimmt, und daß es eine solche Handlung ist, in welcher das beabsichtigte Verbrechen, wenn auch nicht vollendet, zur objectiven, erkennbaren Darstellung gelangt, das kann nicht geleugnet werden, und damit characterisirt sich die anstiftende Thätigkeit in jeder Beziehung als strafbarer Versuch. Mißlingt die Anstiftung, so mag man immerhin sagen, was criminalistisch bedeutungslos ist, daß nämlich die Anstiftung versucht worden sei, wogegen das Wesentliche dies ist, daß auch in der mißlungenen Anstiftung ein Versuch des beabsichtigten Verbrechens selbst enthalten ist. Wenn daher Köstlin nichtbeendigten Versuch in dem Falle annimmt, daß der Anzustiftende sich nicht anstiften läßt, dagegen beendigten Versuch wenn der Angestiftete seinen Willen änderte oder vom Versuche zurücktrat, so wird damit das Versuchen auf die Anstiftung und nicht auf das Verbrechen bezogen, und es zeigt sich zugleich darin wieder das Mißliche der ganzen Unterscheidung des nichtbeendeten und beendeten Versuches. Könnte in der vorliegenden Frage der Wunsch dem Wirrwarr einer endlosen Casuistik [21]) zu entgehen überhaupt entscheiden [22]), so ergiebt sich, daß diesem Wunsche ebenso sicher genügt wird, wenn bei Beurtheilung der mißlungenen Anstiftung an dem angegebenen Grundsatze festgehalten wird, wie wenn man die Strafbarkeit derselben ganz leugnet. Namentlich ergiebt sich also für den Rücktritt vom Versuche, daß der Rücktritt Seitens des Angestifteten den strafbaren Versuch des Anstifters nicht aufhebt, und daß von einem Rücktritte Seitens des Anstifters nicht die Rede sein kann, wenn er nur seine verbrecherische Absicht aufgiebt und nicht zugleich die Wirksamkeit seiner verbrecherischen Versuchshandlung hemmt, indem er den Angestifteten dahin bestimmt ebenfalls von der Ausführung des Verbrechens abzustehen oder ihn sonst irgendwie an seiner Thätigkeit verhindert, wie dies schon die Italiener in dem Grundsatze aussprachen, daß der persuasor nur durch die entsprechende dissuasio von Strafe frei werde [23]). Was nun näher das preu-

---

21) in welche sich Hepp a. a. O. 1848. S. 271 flg. verliert.
22) Wie dies besonders Zachariä im A. 1850 S. 282 geltend macht.
23) Rücksichtlich der revocatio mandati waren die Italiener zweifelhaft,

ßische Strafrecht betrifft, so kann die Straflosigkeit der mißlungenen Anstiftung jedenfalls nicht darauf gegründet werden, daß die Anstiftung, welche erfolglos blieb, sich, wie Goltdammer behauptet, noch im Stadio des bloßen Wollens im Verhältnisse zur That befinde[24]). Wäre die Anstiftung überhaupt nur Absicht, nicht absichtliche Handlung, dann könnte sie auch als gelungene nicht gestraft werden[25]). Entscheidend für die Straflosigkeit ist dagegen freilich die eigenthümliche Auffassung des Versuches im preußischen Strafrechte, denn wie schwierig es sein mag genügend anzugeben, was als Anfang der Ausführung des Verbrechens und damit als strafbarer Versuch zu betrachten sei, so wird man das wohl zugeben müssen, daß die mißlungene Anstiftung im Sinne des Strafgesetzbuches nicht so zu betrachten ist. Dazu kommt der von Beseler angeführte Grund, daß es bei dem mißlungenen Versuche an dem Thäter fehlt, den nach der Fassung des Gesetzes die Strafbarkeit des Theilnehmers voraussetzt[26]). Dagegen ist allerdings in einer Reihe von Fällen auch die erfolglos gebliebene Anstiftung ausdrücklich mit Strafe bedroht worden[27]), und wenn diese Ausnahmen die Regel der Straflosigkeit einer solchen Anstiftung nur bestätigen, so sind sie doch auch zugleich ein Beweis dafür, daß es dieser Regel an jedem rationellen Grunde fehlt, weil es nicht einzusehen ist, warum die erfolglose Anstiftung gerade nur in diesen, nicht auch in allen übrigen Fällen strafbar sein soll. Daß auch im preußischen Strafrechte der Rücktritt vom Versuche Seitens des Anstifters nach dem oben angegebenen Grundsatze zu beurtheilen ist, unterliegt keinem Zweifel[28]), denn nur wenn

---

verlangten aber gewöhnlich, falls das Verbrechen ausgeführt wurde, eine poena extraordinaria des Anstifters. A. Aret. u. August. l. c. Farinacius Qu. 135. n. 187. 188. Decianus IX. c. 36. n. 25. 33. 35. Neuerdings ist mehrfach die bloße ausdrückliche Zurücknahme des Mandats für genügend erklärt worden, Zachariä Versuch II. S. 265. Kitka a. a. O. S. 7. 8. Berner S. 304, während es doch wesentlich darauf ankommt, ob diese Zurücknahme wirklich einen stärkeren intellectuellen Einfluß ausübt, als die Anstiftung, oder ob deren Einfluß fortdauert. Die Zurücknahme des Mandats genügt also nicht nothwendig um, wie Berner sagt, realiter den treibenden Willen des Anstifters aus dem des physischen Urhebers zurückzuziehen. Vgl. dagegen Köstlin System §. 101. Heffter §. 82.

24) Goltdammer Mat. I. S. 309. Ueber die Schwankungen, die rücksichtlich der mißlungenen Anstiftung im Laufe der Redaction des St. G. B. stattgefunden haben, ebend. S. 310—311.

25) Temme Lehrb. S. 341 sagt ganz richtig, daß es keinen Versuch der Anstiftung geben könne, wogegen er mit Unrecht daraus die Straflosigkeit der erfolglosen Anstiftung ableitet, da zwar nicht die Anstiftung wohl aber das Verbrechen durch die Anstiftung versucht werden kann.

26) Beseler Komment. S. 156. A. M. Goltdammer a. a. O.

27) §§. 36. 63. 65. 88. 100. 111. 114. 118. 130. 164. 311.

28) Beseler Komment. S. 157.

man in unzulässiger Weise hier die privatrechtlichen Grundsätze über den Widerruf des Mandates anwendet, kann man behaupten, daß die bloße Zurücknahme des Mandates genüge, um den Anstifter straflos zu machen[29]), während doch eben dieses Mandat so lange fortwirkt, als es dem Anstifter nicht wirklich gelungen ist, den Angestifteten in der entgegengesetzten Weise zu bestimmen.

§. 89. Wenn die der verbrecherischen Absicht des intellectuellen Urhebers entsprechende That des physischen Urhebers, gleichviel ob sie ein versuchtes oder vollendetes Verbrechen ist, formell in gleichem Maße beiden zuzurechnen ist, so steht auch in dieser Beziehung die Schuld und Strafbarkeit beider sich völlig gleich. Ein Unterschied wird auch dadurch nicht, oder wenigstens nicht nothwendig bewirkt, daß der eigenthümliche Thatbestand des Verbrechens eine besondere persönliche Qualität des Verbrechers voraussetzt, welche im concreten Falle nicht gleichmäßig dem Anstifter wie dem Angestifteten zukommt. Für die Schuld des intellectuellen Urhebers kann die That des Angestifteten freilich nur in derjenigen strafrechtlichen Qualität, in welcher er sie beabsichtigte, maßgebend sein, nicht in derjenigen, welche sie zufällig durch die Persönlichkeit des Angestifteten empfing. Aber gerade die Anstiftung giebt dem Anstifter die Möglichkeit vermittelst des Angestifteten ein Verbrechen zu begehen, das er vermöge seiner persönlichen Eigenschaften als unmittelbarer Urheber nicht hätte begehen können, wofern nur seine Absicht auf dieses so beschaffene Verbrechen gerichtet war. Auch für die Schuld des physischen Urhebers ist die Absicht des Anstifters, welche er absichtlich zu verwirklichen unternimmt, maßgebend. Die Handlung des physischen Urhebers enthält jedenfalls schon an sich und abgesehen von der Absicht des Anstifters den Thatbestand eines versuchten oder vollendeten Verbrechens. Sie ist ihm aber nicht bloß nach ihrer objectiven Beschaffenheit zuzurechnen, sondern in derjenigen, welche sie durch die Absicht des Anstifters empfängt,

29) So Temme S. 103. Lehrb. S. 342, obwohl er selbst die Anwendbarkeit der privatrechtlichen Grundsätze über das Mandat perhorrescirt. Nach Temme auch Oppenhoff zu §. 33. N. 27.

und zwar darum, weil und insoweit der physische Urheber seine That mit der Absicht vollbringt, die Absicht des Anstifters zu verwirklichen. In wie weit aber bei dem intellectuellen wie physischen Urheber Momente der Schuld und Strafbarkeit in Betracht kommen, in Betreff deren kein durch die gemeinsame Absicht bedingtes Verhältniß der Theilnahme besteht, und aus denen sich demnach eine Verschiedenheit der Schuld und Strafe ergiebt, kann nur im concreten Falle beurtheilt werden. Von solchen zufälligen Momenten abgesehen liegt es aber im Wesen der Anstiftung, daß den Anstifter eine höhere Schuld darum trifft, weil er der geistige Schöpfer der verbrecherischen Absicht und der Verführer, der Angestiftete dagegen der Verführte ist. Insoweit nach den oben entwickelten Grundsätzen durch den Exceß des physischen Urhebers oder in Folge der mißlungenen Anstiftung das Verhältniß der Theilnahme des intellectuellen und physischen Urhebers aufgehoben wird, unterliegen sie natürlich einer selbständigen strafrechtlichen Beurtheilung. Wenn das preußische Strafrecht den intellectuellen Urheber als Theilnehmer des Thäters bezeichnet, und bestimmt, daß auf den Theilnehmer das gleiche Strafgesetz anzuwenden sei, das auf den Thäter Anwendung findet, so ist hiernach die That des physischen Urhebers der Maßstab für die Schuld und Strafbarkeit auch des intellectuellen Urhebers nicht nur in dem Falle, daß diese That in Rücksicht auf die Persönlichkeit beider die gleiche strafrechtliche Qualification zeigt, sondern offenbar auch in dem Falle, daß die That durch die Persönlichkeit des Thäters eine Qualität empfängt, welche sie nicht haben würde, wenn der intellectuelle Urheber sie selbst als unmittelbarer Urheber vollbracht hätte. In diesem letztern Falle ist es aber folgerecht die nothwendige Voraussetzung, daß der intellectuelle Urheber die That in derjenigen Qualität, die sie durch die Person des Thäters empfängt, beabsichtigt und diesen zur That als einer so beschaffenen angestiftet habe. Hat er sie dagegen nicht in solcher Beschaffenheit beabsichtigt, sondern nur in derjenigen, welche sie haben würde, wenn er sie unmittelbar vollbracht hätte, dann ist das durch die Persönlichkeit des Thäters bedingte, die That qualifizirende Moment ganz ebenso wie der Exceß des Thä-

ters zu beurtheilen, d. h. es besteht in Betreff dieses Momentes kein Verhältniß der Theilnahme, und es sind darum auch insoweit Thäter und Anstifter nicht nach demselben Gesetze zu beurtheilen. Der Grundsatz der Beurtheilung des Thäters und Anstifters nach demselben Strafgesetze findet eben so seine Anwendung, wenn umgekehrt die That durch die Persönlichkeit des Anstifters eine Beschaffenheit empfängt, welche sie in Rücksicht auf die Persönlichkeit des Thäters nicht hat, wofern nur die Absicht des letzteren darauf ging, die That in der vom Anstifter beabsichtigten durch dessen Persönlichkeit bedingten Beschaffenheit zu vollbringen. In solchem Falle ist also auf den Thäter, und darum auch auf den Anstifter, nicht dasjenige Strafgesetz anzuwenden, das sich nach der objectiven Beschaffenheit der That als das anzuwendende ergiebt, sondern vielmehr dasjenige, das in Rücksicht auf die durch die Persönlichkeit des Anstifters bedingte Beschaffenheit der That und in Rücksicht auf die Absicht des Thäters die so beschaffene Absicht des Anstifters zu verwirklichen, anzuwenden ist. Die Anwendung des gleichen Strafgesetzes bedingt aber auch hier nicht eine Gleichheit der Strafe des Thäters und Anstifters. So weit es also das relativ bestimmte Strafmaß und die Annahme von Milderungsgründen zuläßt, werden nicht bloß rein persönliche eine Verschiedenheit der Schuld begründende Momente berücksichtigt werden können, sondern es wird auch stets der Unterschied der sittlichen Schuld des Verführers und des Verführten in Betracht kommen müssen.

Anmerk. 1. Wie in der Begriffsbestimmung und Abgrenzung gegen andere Formen der Theilnahme, so schwanken die italienischen Criminalisten auch in der Frage nach der Strafbarkeit des Mandanten und Mandatars. Sie setzen ganz richtig voraus, daß formell beiden die That gleichmäßig ihrem ganzen Umfange nach zuzurechnen ist. Gegen die hieraus folgende gleiche Strafbarkeit beider werden aber andere Rücksichten geltend gemacht. Einerseits zieht man das Causalitätsverhältniß in Betracht und geräth dabei in einen Zirkel, aus dem man nicht herauszukommen weiß, indem man nämlich den Mandanten als die Hauptursache, den Mandatar, der ohne jenen das Verbrechen wahrscheinlich nicht begangen haben würde, als Nebenursache betrachtet, wogegen sich ganz von selbst

der Einwand ergab, daß das Verhältniß umzukehren sei, weil der Mandant wahrscheinlich das Verbrechen nicht begangen haben würde, wenn der Mandatar sich nicht hätte bestimmen lassen [1]). Dazu kommt andrerseits die Rücksicht auf das Maß der sittlichen Schuld, die Seitens des Mandanten größer sei, weil er ebenso wie der Mandatar sich an sich selbst und an dem Verletzten vergangen habe, außerdem aber noch an dem zum Verbrechen verführten Mandatare [2]). Allen diesen Bedenken stand aber der Grundsatz des römischen Rechtes, daß Mandant und Mandatar gleichmäßig zu haften haben, als damit unvereinbar entgegen. Im Allgemeinen neigte sich darum die Meinung dahin, dem römischen Rechte folgend, die gleiche Strafbarkeit anzunehmen, indem man über die beiden angeführten Bedenken darum hinwegging, weil der Mandant um so sicherer die gleiche Strafe wie der Mandatar verdiene, wenn wirklich seine Schuld eine noch größere sein sollte. Große Meinungsverschiedenheit bestand dagegen in Betreff der Frage, ob die qualitates aggravantes oder mitigantes die durch die Persönlichkeit des Mandanten oder Mandatars bedingt werden, zugleich von Einfluß auf die Strafbarkeit des Andern seien. Während man einerseits die Frage bejahte, andrerseits verneinte, versuchte man auch noch den Mittelweg, daß man die Entscheidung davon abhängig machte, ob diese Qualitäten des einen Theilnehmers dem andern bekannt geworden seien oder nicht [3]). Wenn die Carolina in Art. 107. den Grundsatz der gleichen Strafbarkeit des Thäters und Anstifters aussprach, so zweifelt auch die deutsche Doctrin nicht ihm zu folgen, obwohl auch Carpzow der, durch die Verführung des Mandatars bewirkten, größern Schuld des Mandanten gedenkt [4]). In dieser Ansicht von der gleichen Strafbarkeit mußte sich die spätere Doctrin um so mehr befestigen, jemehr sie die Theilnahme am Verbrechen nur auf der Grundlage des Causalitätsverhältnisses construirte [5]), und nur vorübergehend tauchte, veranlaßt durch die Bestimmungen

---

1) Bartolus in L. 17. §. 9. D. de iniur. 47, 10. Baldus in L. 5. C. de accus. 9, 2. Gandinus Rubr. de penis reor. A. Aret. Gl. Et Sempron. Rudolphi barbit. Caepolla Consil. 34. n. 48. Decian. IX. 32. n. 4. P. Farinac. Qu. 135. n. 6. 42.

2) Accurs. in L. 4. §. 3. D. de his, qui not. 3, 2. Gandinus l. c. August. ad Aret. l. c. Decianus l. c. P. Farinac. l. c.

3) Aret. u. August. Gl. Et. Sempr. Rudolphi. Decianus II. 33. n. 8. P. Farinacius Qu. 131. n. 44.

4) Carpzow Pract. qu. 4. n. 12. qu. 38. n. 54. qu. 50. n. 35. Vgl. Matthaeus Proleg. I. 12. Cocceji De socio §. 18. Stryk De imput. fact. alieni c. 5. Kress Comment. in C. C. C. ad art. 177. n. 2. 3. Böhmer Medit. ad art. 177. §. 2 sq.

5) Quistorp §. 95. Martin §. 81. Abegg §. 73. Wächter I. §. 89. Heffter §. 98.

des preußischen Landrechtes [6]), die Ansicht auf, daß der Anstifter als der Verführer strafbarer sei [7]). In Betreff der durch die Persönlichkeit des intellectuellen oder physischen Urhebers bedingten Momente des Thatbestandes ist es in der neuern Doctrin die herrschende Ansicht, daß rücksichtlich ihrer jeder Theilnehmer selbständig zu beurtheilen sei, woraus sich also der Grundsatz ergiebt, daß Jemand als intellectueller Urheber nur strafbar sein könne, rücksichtlich derjenigen Verbrechen, die er auch als physischer Urheber hätte begehen können [8]). Viel Verwirrung ist übrigens in dieser Beziehung dadurch angerichtet worden, daß man auch hier vielfach die Absicht und das Motiv der Handlung vermischte, und darum nicht bloß die gemeinsame Absicht des Anstifters und Angestifteten, sondern auch ein gleiches und gemeinsames Motiv forderte, und folgerecht die Möglichkeit der Anstiftung da ausschloß, wo eine solche Gemeinsamkeit des Motives nicht stattfindet oder nach der Eigenthümlichkeit des Verbrechens nicht stattfinden kann [9]).

Anmerk. 2. Der Grundsatz, daß die That des physischen Urhebers auch dem intellectuellen Urheber zuzurechnen sei, so weit sie seiner Absicht entspricht und durch seine anstiftende Thätigkeit verursacht wurde, ist gegenwärtig durchaus unbestritten. Schwierig und bestritten ist dagegen die Frage, wie die Schuld beider zu beurtheilen sei, wenn die verbrecherische Handlung vermöge der Persönlichkeit des Einen oder des Andern einen eigenthümlich gestalteten Thatbestand annimmt. Eine abstracte und in allen Fällen entscheidende Regel läßt sich in dieser Beziehung allerdings nicht aufstellen, sondern es kommt, wie angegeben, zunächst darauf an im concreten Falle zu untersuchen, ob das besondere die Schuld und Strafbarkeit erhöhende Moment, in der Bedeutung, in welcher das Gesetz es aufgefaßt hat, ein solches ist, in Betreff dessen eine Gemeinsamkeit der Absicht und darum ein Verhältniß der Theilnahme überhaupt bestehen kann oder nicht. Wenn z. B. der Grund, warum der Hausdiebstahl härter bestraft

---

6) A. L. R. II. 20. §. 65. 68.

7) Klein §. 141. Kleinschrod §. 185.

8) Kleinschrod §. 186. Henke I. S. 530. Martin §. 81. Abegg §. 74. Heffter §. 98. Marezoll S. 128 flg. Köstlin N. Revis. §. 146. Syst. §. 99. Berner S. 305—306, dem es aber nicht gelungen ist den Widerspruch zu beseitigen, daß in dieser Beziehung der physische Urheber anders als der Gehilfe beurtheilt werden soll. Anderer Meinung ist Luden Handb. S. 448 flg., der sich auf dem richtigen Wege befindet.

9) So schon Carpzow Qu. 87. n. 8. 9. Böhmer Med. ad art. 177. §. 4. Quistorp §. 59. Stübel Theilnahme §. 51. Tittmann I. §. 105. Marezoll S. 130. Vgl. dagegen Luden Handb. I. S. 449.

wird als ein anderer, darin liegt, daß das Eigenthum des einen Hausgenossen dem andern leichter zugänglich ist als anderen Personen und darum, durch erhöhte Strafbarkeit des Diebstahls, einen erhöhten strafrechtlichen Schutz erfordert, so wird, wenn der Dienstbote eine nicht zur Hausgenossenschaft gehörende Person anstiftet, in der Nacht mittelst Einbruches die Dienstherrschaft zu bestehlen, der Thäter nicht wegen Hausdiebstahls bestraft werden können, weil seiner That gerade das den Hausdiebstahl characterisirende Moment fehlt. Aber auch der anstiftende Dienstbote ist nicht wegen Hausdiebstahls verantwortlich, so wenig wie er es sein würde, wenn er eine bei einer fremden Person deponirte Sache der eignen Herrschaft gestohlen hätte. Wenn dagegen das Dienstmädchen eine andere Person anstiftet etwa unter dem Vorwande eines Besuches in das Haus der Dienstherrschaft zu kommen und dort einen Diebstahl zu verüben, indem Beide absichtlich den durch das Dienstverhältniß der Anstifterin erleichterten Zutritt zu den zu stehlenden Sachen benutzen, so sind sie allerdings Beide wegen Hausdiebstahls zu bestrafen. Wenn ferner das Gesetz eine erhöhte oder verminderte Strafbarkeit bei bestimmten Verbrechen darum annimmt, weil es bei dem Thäter ein eigenthümliches Motiv voraussetzt, wie z. B. bei der Mutter, die ihr neugeborenes, uneheliches Kind ermordet, so werden rücksichtlich eines solchen Schuldmomentes intellectueller und physischer Urheber von einander unabhängig beurtheilt werden müssen, da ja die Theilnahme überhaupt auf einer Gemeinsamkeit der Absicht nicht des Motives beruht, welches letztere nur zufällig ein gleiches, nie ein gemeinsames sein wird, weil im Motive der Handelnde gerade in seiner Individualität sich geltend macht, und gar nicht zu handeln vermag, wenn er dabei nicht sein individuelles Interesse, sein besonderes Motiv hat. Sehr wohl kann aber eine Gemeinschaft der Absicht in Bezug auf ein Verbrechen bestehen, das vermöge seines besondern Thatbestandes nur von dem einen der Theilnehmer als physischem Urheber vollbracht werden kann. Wenn eine Frau von einer andern in Betreff ihrer weiblichen Ehre sich verleumdet glaubt, sich durch wirkliche Entehrung der Verleumderin zu rächen beabsichtigt, und darum einen Mann anstiftet, der gegen eine Geldbelohnung es übernimmt die Verleumderin zu nothzüchtigen, so hat jene Frau die Nothzucht beabsichtigt und als intellectuelle Urheberin vollführt, obwohl sie dieselbe als physische Urheberin nicht hätte vollführen können. Die angeführten Beispiele werden es anschaulich gemacht haben, daß es nicht nur Verbrechen giebt, bei denen als solchen jedes Verhältniß der Theilnahme ausgeschlossen ist, wie also z. B. beim Kindesmorde der die Mutter Anstiftende, der von der Mutter Angestiftete wie der Gehilfe nur Theilnehmer

an einem gewöhnlichen Morde nicht Kindesmorde sind, sondern auch Verbrechen, bei denen je nach der Gestaltung des concreten Falles ein Verhältniß der Theilnahme des intellectuellen und physischen Urhebers ausgeschlossen ist oder nicht. Wo demnach solche durch die Persönlichkeit des einen Theilnehmers bedingte Momente der Schuld und Strafbarkeit in Betracht kommen, wird nothwendig zunächst untersucht werden müssen, ob in Beziehung auf sie ein Verhältniß der Theilnahme zu bestehen vermag und bestanden hat, wobei das entscheidende Criterium durch das Wesen der Theilnahme, eine Gemeinsamkeit der Absicht vorauszusetzen, gegeben ist. Insoweit eine solche besteht, muß folgerecht auch hier der Grundsatz entscheiden, der allein die Strafbarkeit der Versuchshandlung begründet, und ebenso über die des Gehilfen entscheidet, daß nämlich die Handlung, sowohl des intellectuellen wie physischen Urhebers, nicht bloß nach ihrer objectiven Beschaffenheit, sondern in der Qualität in Betracht kommt, die ihr durch die Absicht des Handelnden beigelegt war. In den angeführten Beispielen ist es freilich der nicht zur Hausgenossenschaft gehörenden Person, ist es der Frau nicht möglich als unmittelbare Urheberin einen Hausdiebstahl, eine Nothzucht zu begehen, aber gerade durch die Theilnahme eines anstiftenden Hausgenossen, eines angestifteten Mannes wird es ihnen möglich ihre auf ein solches Verbrechen gerichtete, mit dem Theilnehmer gemeinsame Absicht zu verwirklichen, und es ist darum kein Grund einzusehen, warum sie nicht dieser ihrer, durch ihre Thätigkeit verwirklichten Absicht gemäß bestraft werden sollen. Offenbar befanden sich bereits die italienischen Criminalisten auf dem richtigen Wege, wenn sie einerseits, obwohl in sehr ungenügender Weise, die besondere Beschaffenheit der fraglichen qualitates aggravantes oder miligantes näher untersuchen wollten, und wenn sie andrerseits den einen Theilnehmer in Betreff des durch die Persönlichkeit des andern bedingten Schuldmomentes nur dann wollten verantwortlich machen, wenn er es gekannt habe, wobei offenbar die unklare Ansicht die war, daß durch dieses Bewußtsein auch die Absicht bestimmt gewesen sei. Wenn dagegen die neuere Doctrin sich entschieden der entgegengesetzten Meinung zuwendet und jedes Verhältniß der Theilnahme in Betreff eines durch die Persönlichkeit des intellectuellen oder physischen Urhebers bedingten Schuldmomentes leugnet, so fehlt es doch noch sehr an einer wissenschaftlichen Begründung derselben [10]). Was Berner in dieser

---

10) Auch Köstlin N. Revis. §. 146. Syst. §. 99. begnügt sich im Wesentlichen damit den Grundsatz auszusprechen, ohne ihn irgend näher aus dem begrifflichen Wesen der Theilnahme zu begründen. Er ist insofern consequent als

Beziehung anführt [11]), daß nämlich die Beihilfe relativ sei, wogegen der Urheber die Handlung als seine eigene wolle, ist gänzlich unhaltbar. Ebenso wie der Gehilfe seine Thätigkeit in Beziehung setzt zu der zu verwirklichenden Absicht des Urhebers, ebenso der physische Urheber die seinige in Beziehung zur Absicht des Anstifters, und insoweit überhaupt kein zurechnungsfähiger Mensch handeln kann, ohne selbst eine Absicht zu haben, insoweit hat auch der physische Urheber ebenso wie der Gehilfe eine eigene Absicht. Ebensowenig führt die Unterscheidung einer gleichen und ungleichen Theilnahme [12]), welche sich auf die Gleichheit oder Ungleichheit der Absicht gründen soll, zu einem Resultate. Bei dem Urheber und Gehilfen, wie bei dem intellectuellen und physischen Urheber findet eine Gleichheit der Absicht statt, die bei Allen auf das zu begehende Verbrechen gerichtet ist. Die Ungleichheit, die zwischen dem Urheber und Gehilfen stattfindet, bezieht sich nicht auf die Absicht, denn der Gehilfe ist nur strafbar, weil er es absieht, daß seine Thätigkeit ursächlich auf das zu begehende Verbrechen bezogen ist; sie bezieht sich vielmehr nur auf den Vorsatz und dessen Inhalt, der ebenso wie die Thätigkeit des Urhebers und Gehilfen verschieden ist. Dieselbige Ungleichheit findet aber auch bei dem intellectuellen und physischen Urheber statt, denn auch ihre Thätigkeit ist eine verschiedene und demgemäß ist auch das, was sie sich vorsetzten, ungleich. Wenn Luden [13]) auf eine vollständige Erörterung der ganzen Frage nicht eingeht, so ist doch seine richtige Bemerkung, daß man immer Theilnehmer an demjenigen Verbrechen sei, von welchem man weiß (besser „beabsichtigt"), daß es der Urheber vermöge seiner persönlichen Verhältnisse begehe, ungeachtet man sich selbst nicht in diesen persönlichen Verhältnissen befindet, noch nicht widerlegt worden [14]). Vollständig wird aber bei der Beurtheilung des intellectuellen und physischen Urhebers von der neuern Doctrin das Moment

---

er den gleichen Satz auch rücksichtlich des Urhebers und Gehilfen durchführt. Die Inconsequenz bleibt aber auch bei ihm stehen, daß er die Versuchshandlung doch auch nicht nur nach ihrer objectiven Beschaffenheit, sondern nach derjenigen beurtheilt, welche sie durch die auf das vollendete Verbrechen gerichtete Absicht erhält. Bei dem Versuche ist unter den gegebenen Bedingungen die Vollendung ebenso unmöglich, wie es der Frau unmöglich ist die beabsichtigte Nothzucht einer andern Frau selbst zu vollbringen, während unter anderen Bedingungen dort ebenso die Vollendung möglich ist, wie hier die Frau durch Anstiftung des Mannes sich der Nothzucht schuldig macht.

11) Theilnahme S. 305 flg.

12) So Zachariä im A. 1851 S. 212 flg.

13) Handb. I. S. 449. Vgl. Abhandl. II. S. 356 flg., wo von dem noch nicht hierher gehörigen Verhältniß der Miturheber die Rede ist.

14) Köstlin Syst. S. 315 begnügt sich, sie „eigenthümlich" zu nennen.

ignorirt, das, wie gezeigt, nur vorübergehend und in beschränktem Maße das A. L. R. und mit ihm Klein und Kleinschrod geltend gemacht haben, daß nämlich; abgesehen von sonstigen rein individuellen Momenten, in allen Fällen eine Ungleichheit der Schuld und Strafbarkeit durch das Maß der sittlichen Schuld begründet wird, indem der intellectuelle Urheber als der Verführer, der physische als der Verführte erscheint.

Anmerk. 3. Daß rücksichtlich der Strafbarkeit des intellectuellen und physischen Urhebers die oben entwickelten Grundsätze gerade in Preußen zur Anwendung kommen müssen, kann nach dem Wortlaute des Gesetzes wie nach dem Sinne des Gesetzgebers nicht zweifelhaft sein [15]). Nach den betreffenden gesetzlichen Bestimmungen ist hierbei der leitende Gesichtspunkt der, daß die That des Angestifteten die Norm für dessen Strafbarkeit wie für die des Anstifters sein soll. Schon nach dem Wortlaute des Gesetzes wird demnach anzunehmen sein, daß dieser Grundsatz auch dann zur Anwendung kommen müsse, falls die That durch die Persönlichkeit des Thäters eine Qualification empfängt, die sie, wenn der Anstifter selbst und allein gehandelt hätte, nicht gehabt haben würde. Könnte darüber ein Zweifel sein, so wird er durch die Revision von 1845 erledigt, aus welcher sich ergiebt, daß, wenn man eine besondere gesetzliche Entscheidung der Streitfragen über den socius generalis und specialis zwar absichtlich vermied, man sich doch der Consequenz des im Gesetz ausgesprochenen Grundsatzes wohl bewußt war, und daß man die Gleichstellung der Theilnehmer in Betreff solcher allein in der Persönlichkeit des Thäters liegenden Schuldmomente, als den richtigern Grundsatz der in der Doctrin herrschenden, widersprechenden Ansicht vorzog [16]). Seine Bestätigung findet dies durch die ausdrückliche Bestimmung [17]), daß Personen, welche keine Beamte sind, wegen Theilnahme an einem Amts-Verbrechen oder Vergehen ebenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen des §. 34. und 35. über die Theilnahme zu beurtheilen sind. Daß hiernach also der Nicht-Beamte wegen Anstiftung zum Amtsverbrechen mit der für dieses gedrohten Strafe, soweit sie auf ihn anwendbar ist, bestraft werden muß, ist nicht zweifelhaft. Gleichwohl versteht es sich von selbst, daß der Grundsatz des §. 35.

---

15) Beseler Komment. S. 162 n. III. übergeht die ganze Frage mit wenigen nicht hinlänglich klaren Bemerkungen. Die Erörterung bei Goltdammer Mat. I. S. 315 ist mindestens nicht erschöpfend, auch nicht in allen Punkten als richtig anzuerkennen.

16) Goltdammer Mat. I. S. 316 flg.

17) Strafgesetzb. §. 331.

nicht rücksichtslos in Betreff eines jeden in der Persönlichkeit des angestifteten Thäters liegenden Schuldmomentes durchzuführen ist. Dem steht die Bestimmung des §. 34. entgegen, nach welcher Jemand als Theilnehmer nur in Beziehung auf dasjenige Verbrechen strafbar ist, zu welchem er, seiner Absicht entsprechend, wirklich angestiftet hat. Wenn also die das Verbrechen qualifizirende persönliche Eigenschaft des Thäters dem Anstifter unbekannt war [18]), oder wenn der Anstifter das Verbrechen in der durch die Persönlichkeit des Thäters bedingten Qualität nicht beabsichtigte, oder wenn das in der Person des Thäters liegende Schuldmoment ein rein individuelles ist, und jedes Verhältniß der Theilnahme darum ausschließt, weil es der Anstifter nicht in seine Absicht aufnehmen kann, so ist nothwendig ein solches Schuldmoment wie der Exceß des Thäters zu beurtheilen, und übt auf die Strafbarkeit des Anstifters keinen Einfluß. Auch dies hat im speciellen Falle seine ausdrückliche Anerkennung durch die Bestimmung gefunden, daß derjenige, welcher die Mutter zum Kindesmorde anstiftet, nicht wegen Theilnahme am Kindesmorde, sondern am einfachen Morde oder Todtschlage zu bestrafen sei [19]).

Schwieriger könnte die Frage erscheinen, wie der Anstifter zu beurtheilen sei, falls das die That qualifizirende Moment nicht in der Persönlichkeit des Thäters, sondern in der des Anstifters liegt. Auch in diesem Falle gilt die Regel, daß die That des Angestifteten den Maßstab für die Strafbarkeit des Anstifters bildet, und es mag zugegeben werden, daß in dieser Beziehung die Fassung des Gesetzes keine glückliche zu nennen ist, obwohl sie einer richtigen Entscheidung nicht entgegensteht. Wenn ein solches durch die Person des Anstifters bedingtes Schuldmoment von der Art ist, daß in Betreff desselben ein Verhältniß der Theilnahme Seitens des Angestifteten stattfinden kann, und wenn es wirklich stattgefunden hat, d. h. wenn dem Thäter dieses Moment bekannt war und wenn er das Verbrechen in dieser bestimmten Qualification zu vollbringen beabsichtigte, so muß die That des Angestifteten folgerecht nicht bloß nach ihrer objectiven und durch die Person des Thäters, sondern nach der durch dessen Absicht bedingten Qualität beurtheilt werden. Wenn also in dem früher angeführten Beispiele das Dienstmädchen eine nicht zur Hausgenossenschaft gehörende Person zum Diebstahl an der Herrschaft anstiftet, und

---

18) Für diesen Fall ist überdies die Bestimmung in §. 44. entscheidend, und so gewiß sie auf alle Theilnehmer anwendbar ist, so wenig reicht sie aus die hier vorliegende Frage in der von Beseler Komment. S. 162 angegebenen Weise zu erledigen.

19) Strafgesetzb. §. 180.

diese den Diebstahl wissentlich und absichtlich in der den Hausdiebstahl qualifizirenden Weise begeht, so stellt sich die That selbst als ein Hausdiebstahl dar, und es ist auf beide Personen das den Hausdiebstahl betreffende Gesetz zur Anwendung zu bringen. Ist dagegen das qualifizirende Moment ein solches in Betreff dessen ein Verhältniß der Theilnahme nicht stattfinden kann oder wenigstens nicht stattgefunden hat, so ist der Thäter nothwendig ohne Rücksicht auf dieses Moment nur nach Maß seiner eigenen Verschuldung zu bestrafen. Stiftet also die Mutter eine andere bei der Geburt gegenwärtige Person an das neugeborne, uneheliche Kind zu morden, so begeht der Thäter einen einfachen, nicht einen Kindesmord, weil das die Schuld der Kindesmörderin qualifizirende Moment ein rein individuelles ist, das die Absicht des angestifteten Thäters nicht zu bestimmen vermag. Wird aber in solchem Falle auch der Anstifter nach dem für den Thäter anzuwendenden Strafgesetze beurtheilt, so ist seine Strafe eine ungerechte, entweder zu hohe oder zu geringe. Die Gründe, welche die geringere Strafe der Kindesmörderin rechtfertigen, können auch alle dann obwalten, wenn sie den Mord nicht selbst vollbringt, sondern dazu anstiftet, und es ist nicht einzusehen, warum sie im letztern Falle die höhere Strafe des einfachen Mordes erdulden soll. Ueber diese in der Fassung des Gesetzes liegende Schwierigkeit kann nur die Rücksicht hinweghelfen, daß der Anstifter zu dem vom Thäter begangenen Verbrechen nicht angestiftet hat, daß also Seitens des Thäters ein das Verhältniß der Theilnahme wenigstens theilweis auflösender Exceß vorliegt, wenn derselbe auch ein durch die Persönlichkeit des Thäters nothwendig bedingter war. Läßt sich also der Thäter durch die Mutter des neugebornen, unehelichen Kindes überhaupt zum Morde desselben bestimmen, so geht er nothwendig in seiner Absicht über die der Mutter, die eben nur auf Kindesmord gerichtet war, hinaus, und es ist darum die Mutter selbständig nach einem andern Strafgesetze als der Thäter zu beurtheilen.

Wie bei dem Verhältniß des Urhebers und Gehilfen wird auch bei dem des intellectuellen und physischen Urhebers die Bestrafung des einen nicht nothwendig durch die des andern bedingt, und es kommen auch hier die schon oben rücksichtlich des Urhebers und Gehilfen entwickelten Grundsätze zur Anwendung [20]). Es sind also hier zunächst die Fälle auszuschließen, die nur scheinbar hierher gehören, weil zwar, wie z. B. bei dem Selbstmorde, der Nothwehr, eine Beschädigung aber nicht eine Rechtsver-

---

20) Vgl. §. 85. Anmerk. 1. und die dort angegebene Litteratur.

letzung vorliegt. Daß Verjährung, Begnadigung, factische Unmöglichkeit der Bestrafung des einen, dem andern Theilnehmer nicht zu Gut kommt, versteht sich von selbst. Bei der Freisprechung des einen Urhebers wird, nach dem schon von den Italienern ausgesprochenen Grundsatze, auch hier zu unterscheiden sein, ob die Freisprechung wegen Mangels einer strafbaren Handlung erfolgt, oder weil, trotz des Daseins einer solchen Handlung, der Freigesprochene als non culpabilis anzusehen ist. Erfolgt also die Freisprechung, weil der vermeintliche Anstifter oder Angestiftete sich als unzurechnungsfähig erweist, so ist der Andere als unmittelbarer Urheber zu bestrafen. Für das preußische Strafrecht kommt hier noch besonders der Fall in Betracht, daß die Freisprechung erfolgt, weil die durch die That an sich verdiente Strafe durch das Gesetz ausgeschlossen wird, indem eine Bestrafung höheren sittlichen Rücksichten widerstreiten würde. Aus solchem Grunde ist der Diebstahl der von Aeltern oder Großältern an ihren Kindern oder Enkeln, oder von einem Ehegatten an dem andern begangen wird, für straflos erklärt und es rechtfertigt sich vollkommen, wenn für diesen Fall ausdrücklich bestimmt ist, daß diese Straflosigkeit des Thäters nicht auch für den Theilnehmer stattfinden soll [21]). Diese Bestimmung, die sich ausdrücklich nur auf den speciellen Fall bezieht, auch auf andere Fälle ausdehnen zu wollen [22]), ist einerseits offenbar unzulässig, andrerseits überflüssig, da es einer Bezugnahme auf jene Bestimmung nicht bedarf, um den einen Angeschuldigten als unmittelbaren Urheber zu strafen, wenn der andere sich als unzurechnungsfähig erweist, oder wenn der vermeintliche Thäter einem Zwange unterlag.

Insoweit nun nach den angegebenen Grundsätzen für den intellectuellen und physischen Urheber das gleiche Strafgesetz zur Anwendung kommt, ist auch im Sinne des preußischen Strafgesetzbuches durchaus nicht eine völlige Gleichheit der Strafe geboten. Gerade um einer solchen irrigen Ansicht zu begegnen wurde nach dem Antrage der Kommission der zweiten Kammer die gegenwärtige Fassung des §. 35. gewählt. Bei der Strafzumessung werden also nothwendig die etwa vorhandenen rein individuellen Schuldmomente des einen oder andern Theilnehmers in Betracht zu ziehen sein, und hiernach wird das Strafmaß ein verschiedenes sein müssen, wozu dem Richter stets Gelegenheit geboten ist, sofern die gesetzliche Strafe eine relativ bestimmte ist. Ein solches in allen Fällen der Anstiftung stattfindendes individuelles Schuldmoment liegt aber in dem

---

21) Strafgesetzb. §. 228.
22) Wie Goltdammer thut Mat. I. S. 318.

verschiedenen Maße der sittlichen Schuld des Verführers und des Verführten, wonach sich regelmäßig ein geringeres Strafmaß des Verführten rechtfertigen wird, soweit nicht etwa dies die Strafbarkeit mindernde Moment durch andere sie erhöhende paralysirt wird. Auch hier wird für die Strafe des Angestifteten die größere oder geringere Macht der Verführung, der er unterlegen ist, maßgebend sein, für die Strafe des Anstifters dagegen die Art und Weise seiner anstiftenden Thätigkeit, wonach z. B. die größere Gefährlichkeit oder die ganz besondere Unsittlichkeit seines Benehmens seine Schuld erhöht [23]). Ist die Strafe des auf den intellectuellen wie physischen Urheber anzuwendenden Strafgesetzes eine absolut bestimmte, so trifft freilich beide auch die gleiche Strafe und es kann eine vorhandene Verschiedenheit der Schuld in solchem Falle nicht beachtet werden. Man wird aber daraus nicht folgern dürfen, daß der Gesetzgeber, der die Möglichkeit einer verschiedenen Strafe gewollt hat, mit sich darum in Widerspruch getreten sei, weil er diese Möglichkeit in den Fällen der absolut bestimmten Strafe nicht gewährt hat. Es ist dies ein Einwand, der nicht bloß in diesem, sondern in jedem Falle gegen die absolut bestimmte Strafe überhaupt zu machen ist, und es gilt hier rücksichtlich der Theilnehmer dasselbe, was überall gilt, wo eine absolut bestimmte Strafe gedroht ist, daß nämlich der Gesetzgeber jedes im concreten Falle sich etwa ergebende, die Schuld modifizirende Moment für zu geringfügig erachtet, als daß es die absolut bestimmte Strafe erhöhen oder mindern könnte. Im äußersten Falle bleibt also nur der Weg der Gnade offen.

§. 90. Die vorstehend entwickelten Grundsätze über das Verhältniß des intellectuellen und physischen Urhebers bleiben in allen Beziehungen vollkommen dieselben auch in dem Falle, daß der erstere sich auf die anstiftende Thätigkeit nicht beschränken, sondern bei der Ausführung des Verbrechens selbst betheiligen sollte. Insbesondere ist es in solchem Falle auch durchaus gleichgiltig, in welchem Maße der Anstifter an der Ausführung des Verbrechens Theil nahm, und ob seine Thätigkeit, an sich betrachtet, hinreichen möchte, um ihn als Urheber erscheinen zu lassen.

---

23) In speciellen Fällen hat das Strafgesetzbuch die größere Strafbarkeit eines anstiftenden, verführenden Benehmens, falls es besonders gefährlich ist oder noch besondere sittliche Pflichten verletzt, ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. §. 144. n. 3. §. 148. §. 142.

c. Die Miturheber.

§. 91. Die Miturheberschaft an einem Verbrechen setzt voraus, daß dasselbe den mehreren Theilnehmern in formeller Beziehung als Urhebern zuzurechnen sei. Wie bei einem jeden Verhältniß der Theilnahme wird aber auch hier nicht bloß die gleiche, sondern eine gemeinsame Absicht erfordert, welche jeder der Theilnehmer durch seine Thätigkeit gleich sehr verwirklicht hat. Von dem Verhältniß des Urhebers und Gehilfen, des intellectuellen und physischen Urhebers unterscheidet sich aber das der Miturheber dadurch, daß dort die Thätigkeit des Gehilfen und des physischen Urhebers auf die Verwirklichung der fremden Absicht, nämlich der des unmittelbaren oder intellectuellen Urhebers bezogen ist, und durch sie bestimmt wird, wogegen hier die Thätigkeit eines jeden Urhebers sich unmittelbar auf die Verwirklichung der eigenen Absicht bezieht, obwohl sie zugleich mit dem Bewußtsein und Vorsatze stattfindet, sie auch für die Verwirklichung der gleichen Absicht der anderen Urheber dienen zu lassen. Gerade durch diesen Vorsatz wird die gleiche selbständige Absicht der Miturheber zu einer gemeinsamen, und ihr Verhältniß zu einander zur Theilnahme am Verbrechen, so daß jeder Theilnehmer, an sich selbst Urheber, den übrigen als Gehilfe oder als physischer Urheber dient und sich von ihnen in gleicher Weise dienen läßt. Nicht sowohl auf das Wesen der Miturheberschaft als auf ihre äußere Erscheinung und die daran sich knüpfenden Folgen ist es von Einfluß, ob die Miturheberschaft sich zufällig im Momente der Begehung des Verbrechens bildete, oder ob sie in Folge einer besondern vorherigen Verabredung entstand.

Anmerk. Schon längst hat die Doctrin, wie unten näher zu entwickeln ist, die Miturheberschaft, besonders das Complott, als eine besondere Form der Theilnahme am Verbrechen aufgefaßt. In der Regel aber betrachtete man nur das Verhältniß mehrerer am Verbrechen theilnehmender Urheber als die nothwendige Voraussetzung, so daß also auch das Verhältniß des intellectuellen und physischen Urhebers unter den Gesichtspunkt der Miturheberschaft fallen würde. Freilich steht der Bedeutung des Wortes eine solche Anwendung desselben durchaus nicht entgegen; es er-

scheint aber wissenschaftlich gerechtfertigt, die Bezeichnung Miturheberschaft auf das angegebene von andern qualitativ verschiedene Verhältniß der Theilnahme zu beschränken, und es ist das Verdienst Berners dies zuerst gethan zu haben [1]).

§. 92. Die zufällige Miturheberschaft setzt voraus, 1) daß die Theilnehmer am Verbrechen in formeller Beziehung als Urheber erscheinen, 2) daß jeder Urheber für die Verwirklichung seiner eignen selbständigen Absicht thätig sei, und 3) daß jeder Urheber, indem er bei der Ausführung des Verbrechens zufällig mit den anderen von der gleichen Absicht geleiteten Urhebern zusammentrifft, sich dieser gleichen Absicht bewußt werde, und in Folge dessen sie als eine gemeinsame, durch gemeinsame Thätigkeit zu verwirklichende auffasse. Es ergiebt sich hieraus von selbst, daß das aus der gemeinsamen Absicht und Thätigkeit hervorgegangene Verbrechen jedem Miturheber formell vollständig als das seine zuzurechnen ist. Was dagegen die materielle Zurechnung und die Frage betrifft, in wiefern sich die Schuld und Strafbarkeit des einen Miturhebers in Folge der ausgeübten verführenden Thätigkeit höher gestaltet, als die der übrigen, so steht in dieser Beziehung nur das Eine fest, daß keiner der Miturheber eine vorherige, planmäßig anstiftende Thätigkeit auf die andern ausgeübt hat. Kann also ein Verhältniß der Miturheberschaft in der Weise stattfinden, daß es bei zufälligem Zusammentreffen der mehreren Urheber, von denen jeder zur selbständigen und alleinigen Ausführung entschlossen war, sich dadurch bildet, daß sie sich ihrer gleichen Absicht bewußt werden und dieselbe als eine gemeinsame verwirklichen wollen, so kann doch auch eine Verführung stattfinden, sei es, daß jeder der Miturheber sich nur durch das Bewußtsein der gemeinsamen Absicht und Thätigkeit zum Verbrechen verführen läßt, sei es, daß der eine, ohne sich durch die Rücksicht auf die andern bestimmen zu lassen, zur selbständigen

---

1) Berner Theilnahme S. 346 flg. Ihm ist Köstlin Syst. §. 102. gefolgt, während er in der N. Revis. §. 143 flg. sich noch der herrschenden Ansicht anschloß und das Verhältniß des intellectuellen und physischen Urhebers zur Miturheberschaft rechnete.

und alleinigen verbrecherischen Thätigkeit entschlossen, auf die anderen einen verführenden sie in die Bahn des Verbrechens mit fortreißenden Einfluß ausübt. Ist also auch in materieller Beziehung die Schuld der Miturheber die gleiche, wenn jeder derselben als der völlig selbständige Schöpfer seiner verbrecherischen Absicht erscheint, so wird sie auch dann nicht eine verschiedene, wenn alle Miturheber gleich sehr als Verführer und Verführte erscheinen. Nur für diejenigen Miturheber, welche als die durch die verbrecherische Thätigkeit des einen oder auch mehrerer Miturheber Verführten sich darstellen, wird eine verminderte Schuld anzunehmen sein. Es übt also hier diese Verführung den gleichen Einfluß aus, wie jedes andere den Willen und die Freiheit des Handelnden thatsächlich bedingende und bestimmende Moment, wogegen sie dem Miturheber, der sie durch sein verbrecherisches Thun ausübte, nur wenn sie eine bewußte und beabsichtigte war, als ein seine Schuld erhöhendes Moment zugerechnet werden kann. Uebrigens können im Falle der zufälligen Miturheberschaft neben den Miturhebern auch noch andere Theilnehmer als Gehilfen und angestiftete physische Urheber thätig gewesen sein, die dann nach den angegebenen Grundsätzen zu beurtheilen sind, ohne daß sie auf das Verhältniß der Miturheber irgend einen bestimmenden Einfluß ausüben.

Anmerk. 1. Nicht die gemeinrechtlichen Quellen, sondern nur die Doctrin ist es gewesen, welche die Lehre von der zufälligen Miturheberschaft allmälig entwickelt hat. In Betreff des römischen Rechtes hat man freilich von jeher L. 17. D. ad l. Cornel. de sic. 48, 8. als die hier entscheidende Stelle betrachtet, aber durchaus mit Unrecht, aus dem einfachen Grunde, weil sie von einem Verhältniß der Miturheberschaft gar nicht spricht, sondern unter der offenbaren Voraussetzung einer culposen Tödtung auch bei der rixa einen Jeden nach Maß seiner eignen Thätigkeit beurtheilt wissen will. Die wenigen Andeutungen, welche das ältere germanische Strafrecht in Betreff der Miturheberschaft giebt, beziehen sich nur auf das Complott, und auch die mittelalterlichen Rechtsquellen gewähren für die zufällige Miturheberschaft keine Ausbeute. Allerdings gedenkt schon Ruprecht von Freising [1]) ziemlich ausführlich der zufälligen

1) Rechtsbuch Ruprechts von Freising (Maurer) II. c. 5. 6.

Miturheberschaft, aber abgesehen davon, daß gerade das eigenthümliche Wesen derselben völlig unbeachtet bleibt, giebt er zu augenscheinlich nur die an die angeführte Pandektenstelle sich anschließenden Grundsätze der Glossatoren, insbesondere des Bartolus, wieder, als daß dies als ein Zeugniß des germanischen Strafrechts betrachtet werden könnte. Auf rein deutscher Rechtsanschauung beruht dagegen ein hierher gehörendes magdeburgisches Schöffenurtheil, das freilich nicht mehr als den Grundsatz ausspricht, daß wegen eines Todtschlages auch mehrere Theilnehmer, die dem Todten mördliche Wunden beigebracht haben, bestraft werden können [2]. Daß aber dem germanischen Strafrechte die Berücksichtigung der im Raufhandel von mehreren Theilnehmern begangenen Tödtung oder Verwundung nicht fremd war, möchte vielleicht daraus zu schließen sein, daß die älteren Bußordnungen der Tödtung oder Verwundung in rixa oder per rixam sehr häufig gedenken, wobei es allerdings bemerkenswerth ist, daß hier schon im 11. Jahrhundert der Grundsatz ausgesprochen wird, es sei die von anderen Theilnehmern begangene Tödtung auch demjenigen zuzurechnen, welcher ohne zu tödten mit Steinen geworfen oder Pfeilen geschossen hat [3]. Von bedeutsamem Einflusse auf das gemeine deutsche Strafrecht waren dagegen die Ansichten der Glossatoren und italienischen Criminalisten. Bartolus war es, der zwar im Allgemeinen den Grundsatz des römischen Rechtes gelten ließ, daß bei einer Rauferei jeder Theilnehmer nach dem Maße seiner besondern Thätigkeit zu bestrafen sei, ihn dagegen zuerst dahin beschränkte, daß alle Theilnehmer wegen einer stattgehabten Tödtung zu bestrafen seien, wofern es nicht ermittelt werden könne, welcher derselben den Tod herbeigeführt habe [4]), indem er hierbei offenbar von einer unklaren Vorstellung über die gleiche Strafbarkeit der Miturheber ausging. Schon sehr bald erklärte sich aber die italienische Doctrin gegen diese Grundsätze. Einerseits machte man die Bestrafung Mehrerer wegen Tödtung davon abhängig, daß sich am Getödteten mehrere tödtliche Wunden vorfänden d. h. es wurde für jeden Theilnehmer die poena ordinaria, wenn nicht vom Beweise der Tödtung so doch vom Beweise des Beibringens einer tödtlichen Wunde abhängig gemacht, während, wenn einem Theilnehmer die Tödtung bewiesen war, diesen allein die poena

---

2) Magdeburger Schöffensprüche bei Zobel III. c. 1. dist. 11.

3) Poenit. Vinniai. Append. b. i. 7. Canon. Gregor. c. 110. Poenit. Theodor. IV. c. 7. Poenit. XXXV. capitul. I. §. 2. II. §. 2. Poenit. Valicell. c. 15. Corrector Burch. §. 14.

4) Bartolus in L. 17. D. ad l. Cornel. de sic. 48, 8. Ihm schloß sich an A. Aret. Gl. Et Andream Marci lanif.

ordinaria, die andern eine poena extraordinaria treffen sollte [5]. Andrerseits wollte man zwar an den Grundsätzen des Bartolus festhalten, sie aber dahin erklären, daß er, was im Wesentlichen auf dasselbe Resultat führte, alle Theilnehmer an der rixa nur ex lege Aquilia, nicht ex lege Cornelia für die Tödtung habe verantwortlich machen wollen, falls der eigentliche Thäter nicht ermittelt werden könnte [6]. Als eine veraltete von der communis opinio verworfene Ansicht wird auch die erwähnt, daß es stets der auctor rixae sei, welcher ohne Rücksicht auf seine Thätigkeit, für die Tödtung zu haften habe [7]. Es ergiebt sich hieraus, daß wenn in der italienischen Doctrin zwar anfangs eine unklare Vorstellung der Miturheberschaft sich geltend machte, sie doch bald wieder aufgegeben wurde, so daß alle Erörterungen der in rixa geschehenen Tödtung sich nur auf die Beweisfrage, gar nicht auf ein Verhältniß der Theilnahme beziehen. Farinacius spricht dies mit vollem Bewußtsein aus [8], indem er den Grundsatz aufstellt, daß bei einer Rauferei kein Theilnehmer für die That des andern, sondern nur für die eigene hafte. Dies Ergebniß ist vorzüglich festzuhalten zum Zwecke eines richtigen Verständnisses des viel besprochenen Art. 148. der Carolina, die denselben ganz gewiß nicht unmittelbar den Quellen des römischen Rechtes [9], sondern den Werken der italienischen Criminalisten entnommen hat, da diese alle Sätze des Artikels fast wörtlich enthalten. Es ist hier nicht der Ort diesen Artikel vollständig zu interpretiren, und nur darauf muß hingewiesen werden, in welchem wesentlichen Punkte alle bisherigen Erklärungen desselben mangelhaft erscheinen. Abgesehen von sonstigen Verschiedenheiten der Erklärung,

---

5) August. ad Angel. Aret. l. c. Gandinus Rubr. de homicid. fordert, daß auch bei der Tödtung in rixa nur der dafür bestraft werde, welchem außer der Tödtung, quamvis ferro percussit, auch die Absicht zu tödten bewiesen sei. Paul. Ghirland. De relaxat. carcer. quaest. II. 2—4. begründet den Satz, daß nur der erwiesene Mörder zu strafen sei, durch Bezugnahme auf die iura municipalia und statuta locorum, die nicht den animus, sondern das factum bestrafen. J. Clarus §. homicid. P. Farinacius qu. 96. n. 28—33. erachtet für die poena ord. auch den Beweis der tödtlichen Verwundung nicht für genügend, sondern will überall nur poene extraord., wo der Beweis der Tödtung fehlt.

6) Carrerius De homicid qu. 5. Auch J. Clarus l. c. erwähnt diese Ansicht, cf. L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

7) Hippol. de Mars. §. constante n. 77. P. Farinac. qu. 96. n. 65.

8) Qu. 96. n. 29. Ratio est, quia in rixa nullus tenetur de delicto alterius, sed unusquisque tenetur tantum de eo quod fecit.

9) Wie Jarke in Hitzigs Zeitschrift f. Criminalrechtspflege in den Preuß. Staaten VI. S. 363 flg. will. Ebenso Berner Theilnahme S. 370.

die schon bei den ersten Uebersetzern der Carolina hervortreten[10]), hat die deutsche Doctrin von jeher an den betreffenden Bestimmungen Anstoß genommen, theils darum, weil die Frage: ob einer der Miturheber oder ob alle wegen Tödtung mit dem Tode bestraft werden sollen, von dem zufälligen Umstande abhängig gemacht wird, ob der Beweis, wer von ihnen die Tödtung verschuldet habe, gelingt oder nicht[11]), theils darum, weil die Grundsätze des Artikels sich sehr schwer mit der neuern Theorie von der zufälligen Miturheberschaft vereinigen lassen[12]). Das Wesentlichste aber ist, daß die Carolina, indem sie ihre Grundsätze den italienischen Criminalisten entlehnt, zugleich auch der Ansicht folgt, die am bestimmtesten Farinacius ausgesprochen hat, der Ansicht, daß bei der Tödtung im Raufhandel jeder Theilnehmer an der Rauferei lediglich in Rücksicht auf seine Thätigkeit zu beurtheilen sei. Darum enthält der Art. 148. im Gegensatze zu der Ansicht des Bartolus, und entsprechend denen der späteren italienischen Criminalisten, neben den Bestimmungen über das Complott, lediglich Grundsätze, welche sich auf die, bei Verletzungen im Raufhandel allerdings schwierige, Beweisfrage beziehen, und welche ohne alle Rücksicht auf ein Verhältniß der Miturheberschaft, im juristischen Sinne des Wortes, erledigt wird. Wäre es überhaupt die Absicht der Carolina gewesen, in Art. 148. neben dem Complotte die zufällige Miturheberschaft im technischen Sinne zu behandeln, dann würde die Bemerkung Berners ganz richtig sein, daß ihr nicht eine Härte, sondern eine ungerechte Milde vorzuwerfen wäre, indem sie, wenn man denjenigen kennt, von dessen Verwundung der Getödtete gestorben ist, die anderen Miturheber von der verdienten gleichen Strafe befreit. Den gemeinrechtlichen Quellen, die von der zufälligen Miturheberschaft nichts wissen, entsprach es, daß die Doctrin bis in dieses Jahrhundert die zufällige Miturheberschaft durchaus ignorirte, und sie mußte deshalb allerdings an der Inconsequenz der Carolina Anstoß nehmen, da diese einerseits den Raufhandel nicht als einen Fall der zufälligen Miturheberschaft betrachtete, und andrerseits dennoch in Art. 148. eine nur durch die Miturheberschaft sich recht-

10) Vgl. die Uebersetzung bei Gobler und Remus.

11) Berlich IV. concl. 11. n. 35. Carpzow Qu. 25. n. 25. Kress ad art. 148. §. 5. Böhmer ad Carpz. qu. 25. Medit. ad art. 148. Meister Princip. iur. crim. edit. VI. §. 135. n. C. Quistorp §. 231. Stelzer §. 455. Feuerbach §. 226. Tittmann I. §. 159. Abegg §. 239. und im A. 1836 und 1837. Wächter im N. A. XIV. n. 5.

12) Köstlin N. Revis. §. 149. Berner Theilnahme S. 358 flg. Luden Abhandl. II. S. 386 hat den Art. 148. in Rücksicht auf seine eigenthümliche Ansicht von der einseitigen Theilnahme, erklärt.

fertigende Strafbestimmung aufnahm, welche ihr von den italienischen Criminalisten und deren inconsequenter Abschwächung der Grundsätze des Bartolus überkommen war. Als sich durch Feuerbach und Stübel die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen klarer gestaltete, hoben sie zwar die Miturheberschaft als eine besondere Form der Theilnahme ausdrücklich hervor, aber sie beschränkten dieselbe auf die Concurrenz des Urhebers und des s. g. Hauptgehilfen und auf die des intellectuellen und physischen Urhebers [13]), wogegen das eigenthümliche Wesen der Miturheberschaft, daß nämlich die Miturheber sich in ihrer verbrecherischen Thätigkeit wechselseitig bestimmen, auf das Complott beschränkt blieb. Selbst nachdem man angefangen hatte die zufällige Miturheberschaft und die verabredete, das Complott, neben einander zu stellen, blieb das Wesen der ersteren noch höchst unklar [14]), und erst die neuere Doctrin hat den entscheidenden Punkt, auf welchen es hierbei ankommt, richtig erfaßt [15]).

Anmerk. 2. Der Fall der zufälligen Miturheberschaft wird der practischen Beurtheilung in der Regel viele Schwierigkeiten bereiten. Es kommt hierbei zunächst darauf an die zufällige Miturheberschaft von dem zufälligen Zusammentreffen mehrerer Urheber zu unterscheiden, und dafür ist das Criterium die Gemeinsamkeit der Absicht im Gegensatze zur bloßen Gleichheit derselben. Die Gemeinsamkeit der Absicht beruht aber darauf, daß jeder Urheber sich selbst als solcher betrachtet und die Thätigkeit der anderen als die seiner Theilnehmer benutzt, wie auch ihnen als Theilnehmer dient. Darum setzt auch die zufällige Miturheberschaft nothwendig den dolus voraus, gleichviel wie sich derselbe gestaltete, und namentlich wird das Handeln im Affect hier so wenig ausgeschlossen sein [16]), daß vielmehr wohl die meisten Fälle zufälliger Miturheberschaft aus dem impetus erwachsen werden. Gleichwohl können neben den dolos handelnden Miturhebern zufällig auch andere culpos handelnde Personen vorkommen, die dann natürlich von der Miturheberschaft auszuschließen und völlig selbständig zu beurtheilen sind. Daß aber wirklich auch ohne vorherige

---

13) Feuerbach §. 46. Stübel Thatbestand §. 28. Theilnahme §. 1—11. Böhmer Med. ad art. 148. §. 1. und Quistorp §. 54. waren der zufälligen Miturheberschaft nahe gekommen durch die Annahme einer stillschweigenden Verschwörung, die aber von Kleinschrod §. 180. wieder bekämpft wurde.

14) Tittmann I. §. 103. Martin §. 80.

15) Abegg §. 74. Heffter §. 83. Berner Theilnahme S. 348 flg. Luden Handb. §. 80. Köstlin System §. 103.

16) Wie dies Köstlin S. 337 ausschließen will. Vgl. dagegen die treffende Ausführung bei Berner a. a. O. S. 357.

Verabredung eine Gemeinsamkeit der Absicht, wie sie die Miturheberschaft erfordert, sich zu bilden vermag, bedarf keines Beweises, da jeder concrete Fall die Ueberzeugung davon zu gewähren vermag. Die strafrechtliche Folge dieser gemeinsamen Absicht und des Umstandes, daß jeder Miturheber die Thätigkeit des andern zur Verwirklichung der eigenen Absicht benutzt und sie ursächlich auf dieselbe bezieht, ist die, daß das Ergebniß der gemeinsamen Thätigkeit, ohne Rücksicht auf die Thätigkeit des Einzelnen, jedem Miturheber vollständig als seine That zuzurechnen ist. Daraus folgt freilich auch hier nicht eine völlig gleiche Strafbarkeit, vielmehr kommen auch hier alle oben erörterten Gründe einer individuell verschiedenen Schuld der Theilnehmer in Betracht, und ihr Einfluß auf das Verhältniß der Miturheber ergiebt sich von selbst. Insbesondere wird auch hier der Unterschied des Verführers und der minder strafbaren Verführten vorkommen können, wenn der eine Miturheber zur selbständigen Begehung des Verbrechens entschlossen, mit der Ausführung desselben beginnt und die andern, mit ihm vielleicht durch das gleiche Interesse Verbundenen, indem sie sich der verbrecherischen Absicht des Handelnden bewußt werden, in der Aufregung des Augenblicks zur gemeinsamen Begehung der That mit fortreißt. Die Anschauung der beginnenden und in ihrem Zielpunkte erkannten That ist es also, welche in den Verführten die gleiche und gemeinsame Absicht erweckt. Natürlich kann hier, wenn nicht etwa der auctor rixae mit der Absicht Andere durch seine verbrecherische Thätigkeit zur Theilnahme zu verführen handelte, von einer Anstiftung im technischen Sinne eben so wenig die Rede sein, wie wenn der unmittelbare Urheber unwillkürlich Jemanden zur Beihilfe veranlaßt. Immerhin ist aber auch bei der zufälligen Miturheberschaft die Möglichkeit einer beabsichtigten Anstiftung nicht ausgeschlossen. Man denke nur des in der Praxis nicht seltenen Falles, daß Jemand in der Absicht ein Verbrechen zu begehen einige seiner Freunde, ohne ihnen seine Absicht irgend kund zu geben, an den Ort der That mitnimmt, in der sichern Erwartung, daß sie aus Freundschaft sich zur Theilnahme werden verleiten lassen, so wie er die beabsichtigte Schlägerei beginnt. Wie neben den Miturhebern andere in gar keinem Verhältnisse der Theilnahme stehende Thäter vorkommen können, so natürlich auch andere Theilnehmer, die dann nach den angegebenen Grundsätzen zu beurtheilen sind.

§. 93. Indem sich das preußische Strafgesetzbuch darauf beschränkte die Thätigkeit zu characterisiren und gesetzlich festzustellen, durch welche eine strafbare Theilnahme am Verbrechen oder Vergehen begründet wird, so konnte es folgerecht der zu-

fälligen Miturheberschaft nicht noch besonders gedenken, indem die Thätigkeit der Miturheber in ihrer äußern Erscheinung von der anderer Theilnehmer nicht wesentlich verschieden ist. Ist bei der zufälligen Miturheberschaft die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß einer oder einige der Miturheber als absichtlich Angestiftete und Verführte erscheinen, so wird in solchem Falle die Bestimmung des §. 34. N. 1. zur Anwendung kommen müssen. In den meisten Fällen werden dagegen die Miturheber nach den Bestimmungen des §. 34. N. 2. zu beurtheilen sein, denn können auch die Miturheber nicht als Gehilfen im technischen Sinne des Wortes betrachtet werden, so liegt es doch gerade im Wesen der Miturheberschaft, daß die Thätigkeit eines jeden Miturhebers in Beziehung auf die aller übrigen als eine helfende erscheint. Aber nur dies hat das Gesetz aussprechen wollen, daß eine Theilnahme am Verbrechen oder Vergehen durch eine helfende Thätigkeit begründet wird, gleichviel ob sie den Helfenden als einen wirklichen Gehilfen oder als Miturheber erscheinen läßt. Im letztern Falle wird die Theilnahme unbedenklich als eine wesentliche im Sinne des §. 35. zu erachten sein.

Anmerk. Das preußische Landrecht[1]) hatte, wenn auch seine Bestimmungen ungenügend sind, doch eine viel richtigere Anschauung vom Wesen der zufälligen Miturheberschaft als die herrschende Doctrin seiner Zeit. Bei der Redaction des Strafgesetzbuches ist von der zufälligen Miturheberschaft nur insofern die Rede gewesen, als im Entwurfe von 1843 eine Bestimmung in Betreff der auf Uebereinkommen beruhenden Miturheberschaft enthalten war, wobei ausdrücklich auch die Möglichkeit einer stillschweigenden Uebereinkunft anerkannt wurde[2]). Späterhin hat man alle allgemeinen Bestimmungen über die Miturheberschaft fallen lassen, wie dies allerdings ganz folgerecht war, nachdem man auf eine jede eigentliche Begriffsbestimmung der verschiedenen Formen der Theilnahme verzichtet und sich darauf beschränkt hatte nur die eine Theilnahme begründende Thätigkeit ihrer äußern Erscheinung nach zu characterisiren. Die hieraus für die Beurtheilung der Miturheber sich ergebende Consequenz, daß sie nämlich entweder als Anstifter und angestiftete Thäter oder als solche Theilnehmer

---

1) II. 20. §. 64. §. 74.
2) Goltdammer Mat. I. S. 287.

zu betrachten sind, welche wissentlich Hilfe geleistet haben, ist eine durchaus einfache und völlig klare, und wenn deshalb hier lediglich auf die frühere Ausführung über Anstiftung und Beihilfe verwiesen werden kann, so versteht es sich von selbst, daß Alles außer Betracht bleibt, was aus dem eigenthümlichen Wesen der Beihilfe im technischen Sinne sich ergiebt. Daß die auf Tödtung oder Körperverletzung bei Gelegenheit einer Schlägerei sich beziehende Bestimmung [3]) nicht von allgemeiner Bedeutung für jeden Fall der zufälligen Miturheberschaft ist, bedarf keines Beweises.

§. 94. Die zweite Form der Miturheberschaft ist das Complott, das aus einer absichtlichen Verbindung mehrerer Urheber zum Zwecke der gemeinsamen Begehung eines Verbrechens entspringt. Das Complott erfordert also 1) daß sich, im Unterschiede von der zufälligen Miturheberschaft, die gemeinsame Absicht durch eine der That vorausgehende Uebereinkunft gebildet habe. Die Voraussetzung für die Entstehung eines Complottes wird also immer die sein, daß ein gleiches oder auch verschiedenes Interesse dem Willen der Complottanten die Richtung auf eine diese Interessen gleichmäßig befriedigende Thätigkeit giebt, und daß diese Tendenz des Willens durch die Uebereinkunft sich zur Absicht und zwar zur gemeinsamen Absicht gestaltet. Möglicherweise kann die durch das Complott zu verwirklichende Absicht die schon vorher von einem der Complottanten selbständig gebildete sein, oder es begegnen sich mehrere in der gleichen selbständig gebildeten Absicht, so daß dann das Complott zu Stande kommt, indem von jenem Einem oder diesen Mehreren ausgehend, die verbrecherische Vereinigung sich bis zu dem erforderlich erachteten Umfange ausdehnt. In solchem Falle werden dann die Complottanten, abgesehen von ihrer weiteren Thätigkeit, theils nur als Anstifter, theils nur als Angestiftete, theils als beides zugleich erscheinen. Ebenso kann aber auch der Ausgangspunkt des Complottes lediglich eine Gemeinsamkeit des Zweckes, z. B. einer Vermögensbereicherung, sein, während eine bestimmte Absicht, z. B. die, zu diesem Zwecke einen Raub zu begehen, sich

3) Strafgesetzbuch §. 195. (Gesetz vom 14. April 1856).

allein durch die gemeinsame Berathung und wechselseitige intellectuelle Einwirkung der Complottanten gestaltet, in welchem Falle dann sämmtliche Complottanten in dem Verhältnisse wechselseitiger Anstiftung stehen. Insofern aber das Complott eine Form der Miturheberschaft ist, bringt es das Wesen desselben mit sich, daß, wie es sich auch mit der stattgehabten Anstiftung verhalten möge, jeder Complottant die gemeinsame Absicht als seine eigene und als solche zu verwirklichende betrachte. Daher sind diejenigen, welche an der Ausführung des Verbrechens nur mit der Willensbestimmung für die Verwirklichung einer fremden Absicht thätig zu sein, Theil nahmen, nicht als Complottanten, sondern als angestiftete Urheber oder Gehilfen zu beurtheilen. Es erfordert das Complott sodann 2) eine Uebereinkunft rücksichtlich der vorsätzlichen Thätigkeit, durch welche die gemeinsame Absicht verwirklicht werden soll. Erst durch den Vorsatz und dessen nähere Gestaltung gewinnt die Absicht ihren concreten Inhalt, und auch in dieser Beziehung ist eine durch Uebereinkunft bewirkte Gemeinsamkeit der Complottanten erforderlich. Nicht in Betreff einer jeden beliebigen, selbständigen Handlung des einen Complottanten erscheinen die anderen darum als Theilnehmer, weil sie der gemeinsamen Absicht entspricht, sondern nur in Betreff des gemeinsam vorgesetzten und durch eine bestimmte Art gemeinsamer Thätigkeit auszuführenden Verbrechens. Gleichgiltig ist es, ob diese Thätigkeit planmäßig den Einzelnen vorgezeichnet wurde, oder ob ihnen überlassen blieb, sie nach den gegebenen Umständen und eigenem Ermessen zweckdienlich einzurichten, ob sie in einer physischen Kraftanwendung oder, der Verabredung gemäß, nur in einer intellectuellen Einwirkung auf die Anderen bestand, ob sie sich auf die Vorbereitung der That oder auf deren Ausführung im engern Sinne bezog, ob die Complottanten allein thätig sind oder sich zugleich der Thätigkeit anderer Theilnehmer bedienen.

Unter solcher Voraussetzung erscheint aber jeder der Complottanten als Urheber des aus der gemeinsamen Thätigkeit sich ergebenden Verbrechens, entweder weil er sich schon vermöge seiner eigenen Thätigkeit und ohne Rücksicht auf die der anderen

Complottanten als solcher darstellt, oder weil ihm die That der übrigen Complottanten zugerechnet werden muß, insofern er sie anstiftete oder sich ihrer als Gehilfen bediente.

Anmerk. 1. Dem römischen Rechte ist das Complott seiner äußeren Erscheinung nach wohl bekannt[1]), aber es braucht kaum bemerkt zu werden, daß wenn die Theilnehmer einer conspiratio in der Schuld und Strafbarkeit einander gleichgestellt werden, dies keineswegs seinen Grund in einem klaren Bewußtsein über das Wesen des Complottes hat, sondern in den anderweitigen hinlänglich bekannten Grundsätzen des römischen Rechtes über die Zurechnung. Nicht weniger kennt das ältere germanische und auch nordische Recht das Complott, und insbesondere gehören hierher die Bestimmungen über das von der Gefolgschaft begangene Verbrechen[2]). Aber abgesehen davon, daß sie erst noch einer genügenden Erklärung bedürfen, ist soviel völlig klar, daß ihre Tendenz dahin geht, das Verhältniß der Miturheberschaft zu ignoriren und das Maß der Strafbarkeit individuell und verschieden zu bestimmen. Davon weicht aber die mittelalterliche Reichsgesetzgebung ab, wenn sie den Herrn eines Gefolges (raisa) unbedingt für das Verbrechen eines jeden seiner Leute, den Burgherrn für das eines castellanus verantwortlich macht, wofern er nicht schwört, daß das Verbrechen gegen seinen Willen geschah und den Schuldigen entläßt[3]). Sehr bestimmt aber bezeichnet der Schwabenspiegel das Complott, wenn er ausdrücklich alle Complottanten, trotz des verschiedenen Maßes ihrer Thätigkeit, für gleich strafbar erklärt[4]). Die italienischen Criminalisten hatten das Wesen des Complottes insofern richtig erkannt, als sie nicht zweifelten, daß jedem Complottanten die aus dem Complotte entsprungene That vollständig zuzurechnen sei[5]). Schwierigkeit machte ihnen nur die Frage, wie es zu behandeln sei, wofern die verabredete That noch nicht zur Ausführung gelangt sei, indem man zweifelte, ob das erfolglos gebliebene

---

1) Vgl. L. 1. pr. D. de effract. 47, 18. L. 13. D. de cust. reor. 48, 3. L. 8. D. ad leg. Iul. mai. 48, 4. L. 3. pr. D. ad leg. Iul. de vi publ. 48, 6. L. 1. §. 1. L. 9. §. 3. L. 20. D. ad leg. Corn. de fals. 48, 10. L. 2. pr. D. ad leg. Iul. de annon. 48, 12. L. 11. §. 2. L. 16. pr. D. de poen. 48, 19. Vgl. Birnbaum im A. 1842. Rein S. 521.

2) Wilda S. 612 flg.

3) Frider. I. const. contra incend. a. 1187.

4) Schwabensp. 234 (Laßb.).

5) Gandinus Rubr. de homicid. Hippol. de Marsiliis §. Constante n. 47. A. Aretin. Gl. Et ad hoc colloquium et tractat. August. ibid. P. Farinacius qu. 96. n. 18. 72.

Complott mit der vollen Strafe der beabsichtigten That zu belegen sei, oder ob dies nur in atrocioribus criminibus bei andern nicht geschehen dürfe, bis schließlich sich die Ansicht dahin feststellte, daß das Complott als ein selbständig strafbares Verbrechen zu betrachten sei [6]). In der deutschen Doctrin schloß sich die Lehre vom Complotte an den ersten Satz des Art. 148. der Carolina an, die hier unzweifelhaft das Wesen des Complottes im Allgemeinen characterisirt, obwohl diese Stelle auch auf andere Verhältnisse der Theilnahme, so ganz unbedenklich auf das des intellectuellen und physischen Urhebers, zu beziehen ist [7]). Die deutsche Doctrin hat von jeher daran festgehalten, daß, im Gegensatze zum Raufhandel, bei welchem das Maß der Thätigkeit jedes Einzelnen zu berücksichtigen sei, das Complott ohne Rücksicht auf die besondere Thätigkeit des Einzelnen für jeden Complottanten die gleiche Strafe, nämlich die poena ordinaria begründe [8]). Wenn man als Grund dafür anführte, daß das Complott den öffentlichen Rechtsfrieden in höherem Grade gefährde als das Verbrechen des Einzelnen, daß sich in ihm eine größereBöswilligkeit kund gebe [9]), so lag die Gefahr nahe, daß schließlich das Complott selbst, ohne Rücksicht auf seinen Erfolg, die Thätigkeit des Einzelnen und die wechselseitige Hilfsleistung, als ein selbständiges Verbrechen betrachtet und bestraft werde. Ihr suchte Kleinschrod zu begegnen, indem er fordert, daß der Vertrag nicht bloß eingegangen, sondern auch wirksam gewesen sein müsse, und daß selbst dann noch nur diejenigen Complottanten die volle Strafe erleiden dürften, deren Thätigkeit sich als die nothwendige Ursache des Verbrechens darstellt [10]). Die letzte Consequenz dieser Ansicht ist dann die, welche Stübel zog [11]), daß nämlich der Begriff des Complottes aus dem Strafrechte zu

---

6) J. Clarus §. fin. qu. 38. n. 7. Decianus IV. 17, 8. Carrer. de homicid. gl. homicid. species n. 36—38. P. Farinacius qu. 112. n. 44. 45. qu. 116. n. 149.

7) Wächter I. §. 89. Köstlin Syst. S. 340.

8) Moller ad Const. Elect. sax. 7. n. 8. part. 4. Berlich Concl. IV. concl. 11. n. 49. Carpzow Qu. 25. n. 11—18. Kress ad art. 148. Böhmer Medit. ad art. 148. Quistorp §. 54. Kleinschrod I. §. 178 flg. Grolman §. 34. Feuerbach §. 47. Stübel Thatbestand §. 61 flg. Tittmann I. §. 103.

9) Kress u. Böhmer l. c. Vgl. Preuß. A. L. R. II. 20. §. 66.

10) Kleinschrod a. a. O. Vgl. Schirach im N. A. I. n. 23. Feuerbach Kritik der Kleinschr. Entw. II. S. 137 flg. Mittermaier im A. 1839 S. 165. Auch in die Gesetzgebung, Bad. St. G. B. Art. 127., ist diese Ansicht übergegangen.

11) Stübel Theilnahme §. 46., wogegen er früher, vgl. Thatbestand §. 61 flg., das Wesen des Complottes gegen Kleinschrod aufrecht zu halten versucht hatte.

verbannen sei, da es bei der Beurtheilung eines jeden Complottanten immer nur auf seine besondere Thätigkeit und deren Causalitätsverhältniß zu dem begangenen Verbrechen ankomme, wofür die vorherige Verabredung mit Anderen gleichgiltig sei. Dennoch hat die neuere Doctrin am Begriffe des Complottes festgehalten und, im Wesentlichen übereinstimmend, anerkannt, daß in Folge der Verabredung, der wechselseitigen Anstiftung und Hilfsleistung, die That einem jeden Complottanten formell gleichsehr zuzurechnen sei[12]). Wenn man trotz dessen ganz mit Recht den Grundsatz der ältern Doctrin, daß alle Complottanten gleich strafbar seien, verwirft, so fehlt es nur oft am klaren Bewußtsein des Grundes einer verschiedenen Strafbarkeit, und an der Einsicht, daß er in dem verschiedenen Maße der Thätigkeit der Einzelnen, in irgend einer Rücksicht auf die formelle Zurechnung nicht zu suchen sei.

Anmerk. 2. Die erste Voraussetzung des Complottes bildet die der That vorangehende Uebereinkunft der Theilnehmer, die man, wenn man so will, als einen Vertrag bezeichnen kann. Durch welche Mittel diese Uebereinkunft bewirkt wurde, ob durch Besprechung, schriftliche Mittheilung, oder ob sie eine so genannte stillschweigende war, ist an sich gleichgiltig, wofern sie nur im letztern Falle der That wirklich voranging und sich nicht erst, wie bei der zufälligen Miturheberschaft, in der gemeinsamen Ausführung der That bildete[13]). Diese Uebereinkunft hat einerseits nicht die Bedeutung, daß sie an sich schon ein selbständiges, vollendetes Verbrechen wäre, insoweit nicht etwa das positive Recht sich veranlaßt gesehen hat, sie in einzelnen Fällen als solches zu behandeln. Andrerseits bewirkt sie auch nicht, daß nothwendig ein Jeder, welcher an der Uebereinkunft Theil nahm, als Complottant im rechtlichen Sinne erschiene und strafrechtlich als solcher beurtheilt werden müßte. Wenn z. B. die zum Zwecke eines Mordes vereinigten Complottanten übereinkommen, mit der That selbst einen gedungenen Banditen zu beauftragen, so ist dieser zwar Theilnehmer am Verbrechen, nämlich angestifteter, physischer Urheber, nicht aber Complottant. Ebenso können bei Gelegenheit eines von Complottan-

---

12) Feuerbach §. 47. Jarke I. S. 228. Abegg §. 74. Heffter §. 87. Luden Handb. I. §. 81. Marezoll §. 50. Köstlin N. Revis. §. 150. System §. 104 flg. Berner Theilnahme S. 393 flg. Eine weiterhin zu erörternde Streitfrage ist die, ob eine wechselseitige Anstiftung zum Wesen des Complottes gehöre oder nicht.

13) Köstlin N. Revis. §. 149. System S. 347. Berner a. a. O. S. 348 flg. 404 flg. Ueber diese früher viel bestrittene Frage vgl. Böhmer ad art. 148. §. 1. Quistorp §. 54. Kleinschrod I. §. 180. Luden Handb. I. S. 476.

ten begangenen Verbrechens zugleich andere Theilnehmer als bloße Gehilfen mitthätig sein. Dagegen sind Complottanten nur die, welche die den Vereinigten gemeinsame Absicht zugleich als ihre eigene betrachten, da nur unter dieser Voraussetzung die aus dem Wesen des Complottes sich ergebenden Folgen in Betreff der formellen Zurechnung für sie gelten können. Die Bedeutung der Uebereinkunft liegt darin, daß die Complottanten in Folge derselben zu einander wechselseitig in das Verhältniß des Anstifters und Angestifteten, oder in das des Urhebers und des Gehilfen treten. Erfordert das Complott eine vorherige Uebereinkunft, so wird es sich nicht füglich bilden können, ohne daß eine anstiftende Thätigkeit dabei stattfände, und gerade hierauf ist bei der Begriffsbestimmung des Complottes von der neuern Doctrin das Hauptgewicht gelegt worden. Nachdem Grolman [14]) darauf hingewiesen hatte, war es Feuerbach [15]), der zuerst den Grundsatz aussprach, daß sämmtliche Complottanten als intellectuelle Urheber zu betrachten seien und also im Verhältniß wechselseitiger Anstiftung stehen. Trotz des dagegen erhobenen Widerspruches [16]) sind unter mancherlei Modificationen die Meisten dieser Ansicht gefolgt, und auch in der neusten Zeit hat man das Maß, in welchem jedem Complottanten die That zuzurechnen sei, auf die gegenseitige Anstiftung basiren wollen [17]). Die Frage nach der Anstiftung bedarf darum zuerst einer nähern Betrachtung. Das Complott setzt, wie alle Verhältnisse der Theilnahme am Verbrechen, eine Gemeinsamkeit der Absicht voraus, und auf deren Gestaltung wird sich die Anstiftung zunächst beziehen. Der Ausgangspunkt für das Complott kann die selbständig gebildete verbrecherische Absicht eines Theilnehmers sein, der auf dem Wege der Anstiftung andere gewinnt, bis das Complott den für erforderlich erachteten Umfang erreicht hat, sei es daß der ursprüngliche Complottstifter allein alle übrigen Complottanten anwirbt, sei es daß der eine oder mehrere der von ihm angestifteten Complottanten an der Anstiftung der übrigen Theil nehmen. Das Ergebniß ist, daß die Complottanten theils nur Anstifter, theils nur Angestiftete, theils beides zugleich sind. Wohl aber kann der Ausgangspunkt für das Complott auch nur das Interesse sein, in welchem sich die Mehreren zusammen finden,

---

14) Grundsätze d. Crim. R. W. §. 34.

15) Lehrbuch §. 47.

16) Abegg Lehrb. §. 74. Mittermaier zu Feuerb. §. 47. n. 3.

17) Köstlin N. Revis. §. 150. System §. 105. Berner Theilnahme S. 413. 454.

während sie Complottanten erst dadurch werden, daß in der gemeinsamen Berathung sich in ihnen Allen die Absicht gestaltet, deren Verwirklichung jenem Interesse zu dienen vermag. Kann vielleicht auch in solchem Falle der Eine sich als der wortführende Anstifter auszeichnen, so ist es doch ebenso möglich, daß die Gestaltung der Absicht wirklich ein völlig gemeinsames Werk ist, bei welchem Jeder sich ebenso von den Anderen bestimmen läßt, wie er sie bestimmt. Darum ist die Möglichkeit einer durchaus gegenseitigen Anstiftung der Complottanten gewiß nicht zu leugnen. Wenn bei ausgedehnteren Complotten, besonders solchen, welche zur Begehung politischer Verbrechen eingegangen wurden, jene erstere Art der Complottstiftung die gewöhnliche sein wird, so möchte doch diese letztere Art derselben die am häufigsten vorkommende sein. In der Regel werden es Personen sein, die sich in ihrer Geneigtheit zu verbrecherischen Handlungen gegenseitig kennen und zusammenfinden, um in gemeinsamer Berathung ihren verbrecherischen Neigungen einen Zielpunkt zu setzen. Mit dieser anstiftenden Thätigkeit, welche darauf gerichtet ist alle Theilnehmer für die gleiche und gemeinsame Absicht zu bestimmen, ist aber die beim Complotte erforderliche Anstiftung noch nicht abgeschlossen. Die Uebereinkunft muß sich nämlich nicht bloß auf die Absicht, sondern ebenso auch auf den Vorsatz beziehen, und wie bei dem einzelnen Individuum, so kann auch bei dem Complotte entweder Absicht und Vorsatz sich gleichzeitig durch dieselbige Berathung und Beschlußfassung gestalten, oder es findet die Uebereinkunft rücksichtlich der vorsätzlichen, die gemeinsame Absicht verwirklichenden, Thätigkeit erst statt, nachdem die Complottanten in der gemeinsamen Absicht bereits verbunden sind. Möge dies oder jenes der Fall sein, so unterliegt es keinem Zweifel, daß auch bei dieser Gelegenheit eine anstiftende Thätigkeit stattfindet, und daß damit auch denjenigen Complottanten, die ihrerseits nur angestiftet keine neuen Theilnehmer des Complottes geworben und angestiftet haben, die Möglichkeit geboten ist wiederum auf ihre eigenen Anstifter eine anstiftende Thätigkeit auszuüben. Gleichwohl ist auch in dieser Beziehung eine wechselseitige Anstiftung nicht nothwendig erforderlich, denn es ist ebenso möglich, daß der die Rolle eines jeden Theilnehmers bestimmende Plan zur Ausführung des Verbrechens nur von einem oder einigen Complottanten ausgeht, ohne daß die Anderen irgend einen Einfluß auf denselben ausgeübt hätten. Es ist daher nicht einzusehen, wie die wechselseitige Anstiftung zum Wesen des Complottes gehören sollte, wenn man nicht mit Feuerbach annehmen will, daß sie schon allein durch das vertragsmäßige Uebereinkommen bewirkt wird, indem aus ihm für jeden Complottanten die begründete Erwartung der Mitwirkung

aller Uebrigen hervorgeht[18]. Ganz mit Recht ist auf das Irrige einer solchen Auffassung hingewiesen worden[19]. Es liegt darin, daß bei der Anstiftung von objectiver Causalität d. h. von einem Determiniren des Willens Anderer durch zureichende Gründe nicht die Rede sein kann, da hier zwischen Ursache und Wirkung nothwendig immer noch die freie Selbstbestimmung des Angestifteten mitten inne steht. Welches also die Gründe waren, durch welche sich die einzelnen Complottanten bestimmen ließen, das ist gleichgiltig, und so gewiß mancher sich durch die erwartete Mitwirkung der anderen Complottanten wird bestimmen lassen, so wenig ist dies nothwendig der Fall. Haben sich also Einzelne nachweisbar durch solche Erwartung nicht bestimmen lassen, indem sie es z. B. vielmehr bedauerten, daß das Complott gegen ihren Wunsch eine zu große Ausdehnung erhalten habe, so wird dieser Umstand in der Zurechnung des begangenen Verbrechens doch keine Aenderung bewirken. Darf also, wie gezeigt wurde, eben so wenig eine absichtliche wie eine durch die bloße Uebereinkunft unwillkürlich bewirkte gegenseitige Anstiftung als im Wesen des Complottes begründet angesehen werden, so kann sie auch unmöglich die Grundlage für die rechtliche Beurtheilung der Complottanten bilden. Die Sache wird auch dadurch nicht besser, daß Köstlin[20], mit Ausnahme des alle Anderen zuerst Anstiftenden, die übrigen Complottanten als Anstifter bereits Entschlossener ansehen will, denn einerseits bleibt es damit unerklärt, wie und warum nothwendig eine solche Anstiftung stattfinden muß, und andrerseits bezieht sie sich, wenn sie im concreten Falle stattfindet, nicht nothwendig auf bereits Entschlossene. Daß jeder Complottant die gemeinsame Absicht zugleich als seine eigene betrachtet und als solche verwirklicht sehen will, schließt nicht aus, daß er möglicherweise dennoch diese Absicht erst in Folge der Anstiftung faßte, und vorher durchaus nicht entschlossen war[21]. Insoweit die Theilnehmer am Complott wirklich als Anstifter der übrigen erscheinen, wird ihnen natürlich auch das Ergebniß der Thätigkeit derselben zuzurechnen sein, aber es kann dies nicht hinreichen, um ganz allgemein den Satz zu begründen, daß jedem Complottanten,

---

18) Feuerbach a. a. O. Vgl. Martin §. 76. Henke I. 276. Jarke I. 228. Ziegler Theilnahme S. 7 flg.

19) So schon sehr treffend von Stübel Theilnahme §. 24. Berner a. a. O. S. 441. Köstlin System S. 344.

20) N. Revis. §. 150. System §. 104. 105.

21) Bei Berner a. a. O., welcher das Complott in vielfacher Beziehung sehr treffend characterisirt, wird dennoch gerade die Frage, wodurch die wechselseitige Anstiftung begründet werden soll, nicht genügend klar.

ohne Rücksicht auf das Maß seiner besondern Thätigkeit, die gemeinsame That als Urheber zuzurechnen ist. Seine Begründung findet dieser Satz vielmehr erst durch den Umstand, daß die Complottanten zu einander wechselseitig in dem Verhältniß von Urhebern und Gehilfen stehen [22]). Jeder Complottant betrachtet die gemeinsame Absicht als seine eigene, bezieht deshalb seine Thätigkeit zunächst auf die Verwirklichung der eigenen, nicht einer fremden Absicht, und unterscheidet sich schon dadurch vom bloßen Gehilfen, ferner aber auch dadurch, daß ihm, was er auch gethan haben möge, das Ergebniß der Thätigkeit allen übrigen Complottanten zur Last fällt, weil er in Folge der Uebereinkunft sie alle als Gehilfen für die Verwirklichung seiner Absicht betrachtete. Andrerseits ist jeder Complottant Gehilfe aller übrigen, nicht bloß darum, weil er wirklich irgend eine helfende Thätigkeit ausübte, sondern auch weil er in Folge der Uebereinkunft seiner Thätigkeit zugleich die Bedeutung gab, daß sie der Verwirklichung fremder Absicht dienen solle. Hieraus folgt, daß jeder Complottant, insofern er nicht schon als Anstifter aller übrigen Complottanten, oder schon in Rücksicht auf die Beschaffenheit seiner besondern Thätigkeit als Urheber des begangenen Verbrechens betrachtet werden muß, dennoch als solcher aufzufassen ist, weil er die übrigen Complottanten als seine Gehilfen betrachtet und ihnen als solcher gedient hat. Aber auch nur insofern diese Voraussetzungen bei jedem einzelnen Complottanten zutreffen, werden sie rücksichtlich der formellen Zurechnung einander gleichzustellen und als Urheber des begangenen Verbrechens zu betrachten sein. Der Complottant dagegen welcher, seinerseits nur angestiftet, weder eine anstiftende noch sonst irgend eine der gemeinsamen Absicht dienende Thätigkeit ausgeübt hat, wird, obwohl er an der vorangehenden Uebereinkunft Theil nahm, dennoch einer andern strafrechtlichen Beurtheilung unterliegen, die weiterhin näher zu erwägen ist. Nur selten wird es als erwiesen anzunehmen sein, daß ein Complottant Anstifter aller übrigen sei, während die Anstiftung des einen oder andern jedenfalls nicht genügen kann, um ihn als den intellectuellen Urheber des durch die Thätigkeit Aller bewirkten Verbrechens erscheinen zu lassen. Darum wird bei der Beurtheilung des Complottes die wichtigste Frage immer die sein: ob jeder Einzelne eine Thätigkeit aus-

---

22) Schon Carpzow fordert von den Complottanten mutuae opis auxiliive praestatio, und sehr mit Unrecht hat sich die neuere Doctrin durch die Grolman-Feuerbachsche Ansicht verleiten lassen alles Gewicht statt auf die gegenseitige Beihilfe auf die vermeintliche wechselseitige Anstiftung zu legen. Vgl. dagegen Heffter §. 87., welcher fordert, daß die Complottanten einander „Hilfe und Beistand wirklich geleistet haben.“

übte, durch die er zu den Uebrigen in das Wechselverhältniß eines Urhebers und Gehilfen trat. Es ist daher ganz richtig, wenn die Doctrin von jeher ihre Aufmerksamkeit darauf gerichtet hat, wie die Thätigkeit des Einzelnen beschaffen sein müsse, um ihn als Urheber des gemeinsam begangenen Verbrechens verantwortlich machen zu können. Die das Wesen des Complottes aufhebende und der ältern wie neuern Doctrin widersprechende Kleinschrod-Stübelsche Ansicht bedarf keiner Widerlegung mehr, und im Allgemeinen läßt sich jene Frage freilich nur dahin beantworten, daß jeder Complottant der Uebereinkunft entsprechend irgendwie für die Verwirklichung der gemeinsamen Absicht thätig gewesen sein müsse. Besteht diese Thätigkeit in einer s. g. physischen Beihilfe, so versteht es sich demnach von selbst, daß das Maß und die größere oder geringere Wichtigkeit derselben gleichgiltig ist, daß sie nicht aufhört eine solche zu sein, wenn sie sich hinterher als gänzlich nutzlos und überflüssig erweisen sollte, oder wenn ein Complottant, in der Bereitschaft die ihm übertragene als möglicherweise erforderlich scheinende Thätigkeit auszuüben, dazu keine Gelegenheit findet [23]). Besteht die Thätigkeit des Einzelnen lediglich in einer intellectuellen Einwirkung, so ist besonders zu beachten, daß es sich hier um eine intellectuelle Beihilfe, nicht um eine Anstiftung im engern Sinne, handelt. Wer also der Verabredung gemäß nichts mehr thut als daß er e i n e n Genossen anwirbt, daß er den von ihm gewünschten Rath ertheilt, der wird zwar nicht vermöge der Anstiftung als Urheber der gemeinsamen That erscheinen, wohl aber weil er allen übrigen half und durch seine Thätigkeit unter Beihilfe aller Uebrigen seine eigene verbrecherische Absicht verwirklichte. Es wird also immer darauf ankommen, daß das Verhalten des einzelnen Complottanten, wie es auch beschaffen sein möge, der Uebereinkunft entsprach, da es in diesem Falle ein solches ist, das nach dem Willen des Einzelnen wie Aller der Verwirklichung der gemeinsamen Absicht diente. Nur durch eine der Verabredung widersprechende Thätigkeit oder Unthätigkeit löst sich der Einzelne vom Complotte los, so daß ebenso er selbst einer besondern strafrechtlichen Beurtheilung unterliegt, wie auch sein Verhalten auf die Beurtheilung der übrigen Complottanten keinen Einfluß übt [24]).

---

23) Vgl. Schirach im N. A. I. S. 516 flg. Cucumus im N. A. XIV. n. 1.

24) Wenn Berner a. a. O. S. 443 das Complott als einen geistigen Organismus, als ein Ganzes bezeichnet, das in allen seinen Gliedern als Ganzes gegenwärtig ist, so läßt sich dagegen zwar im Wesentlichen nichts einwenden, jedoch kann dies zu einer juristischen Erklärung des unter den Complottanten bestehenden Verhältnisses der Theilnahme nicht genügen.

§. 95. Abgesehen von einem anderweitigen neben dem Complotte vorkommenden Verhältnisse der Theilnahme, so wie von denjenigen Complottanten, welche sich durch ihr der Uebereinkunft widersprechendes Verhalten von der Gemeinschaft loslösen, stehen sich zwar alle Complottanten als Urheber rücksichtlich der formellen Zurechnung gleich, ohne daß jedoch hieraus nothwendig eine gleiche Strafbarkeit derselben zu folgern wäre. Eine Ungleichheit der Strafbarkeit kann ihren Grund nur in dem verschiedenen Maße der sittlichen Schuld, der größern oder geringern Böswilligkeit haben, und eine solche Verschiedenheit kann auch bei dem Complotte stattfinden, je nachdem die einzelnen Theilnehmer als Verführer oder nur als Verführte erscheinen. Entsprechend der fortschreitenden Entwickelung des Complottes werden als Verführer von den übrigen Complottanten als den Verführten zu unterscheiden sein 1) der Complottstifter, welcher als der geistige Schöpfer des verbrecherischen Planes auf alle übrigen Complottanten einen sie verführenden Einfluß ausübt, gleichviel ob er in Bezug auf jeden Einzelnen als Anstifter erscheint oder nicht, 2) der Rädelsführer der, möglicherweise vom Stifter verschieden, sich bei der Gestaltung des Vorsatzes und der hierzu erforderlichen Berathung über die Mittel und Wege zur Ausführung des Verbrechens als Verführer geltend macht, indem er den Plan zur Vollführung der That entwirft, die übrigen Theilnehmer von seiner Ausführbarkeit überzeugt, und sie damit von der Absicht zum Entschlusse hinreißt, 3) der Anführer, welcher bei der Ausführung der That selbst die Leitung übernimmt, um den einzelnen Theilnehmern ihre im voraus nicht genügend festzustellende für das Ganze erforderliche Thätigkeit zuzuweisen, und somit auf diese einen verführenden, sie in ihrem Entschlusse bestärkenden und festhaltenden, in ihrer Thätigkeit bestimmenden, Einfluß ausübt.

Anmerk. Die angegebenen Unterschiede der sittlichen Schuld, welche bei dem Complotte vorkommen können [1]), blieben von der ältern Doctrin

---

1) Daß diese Unterschiede nothwendig vorkommen müssen, wie Berner

fast ganz unberücksichtigt, schon darum, weil die gemeinrechtlichen Quellen dazu keinen genügenden Anhaltspunkt gaben. Seitdem aber das preußische A. L. R.[2]) von anderen Urhebern den Haupturheber und Rädelsführer unterschieden hatte, haben diese Unterschiede der Schuld bei der Doctrin wie neuern Gesetzgebung sehr vielfache Anerkennung gefunden[3]). Es kommt hierbei aber darauf an sich klar zu machen, welches der Grund der verschiedenen Schuld und Strafbarkeit ist. Diejenigen welche den Satz, daß alle wirklichen und der Uebereinkunft entsprechend thätigen Complottanten als Urheber zu betrachten seien, überhaupt leugnen und die Qualität des Urhebers auch bei dem Complottanten von dem Maße seiner besondern Thätigkeit abhängig machen, verfahren durchaus folgerecht, wenn sie rücksichtlich der formellen Zurechnung auf die umfangreichere Thätigkeit des Complottstifters, Rädelsführers, Anführers Gewicht legen. Werden aber alle Complottanten als Urheber anerkannt, dann kann eben so wenig ein großes Maß von Thätigkeit den Einen zu etwas Weiterem und Höherem als einen Urheber machen, als auch ein geringes Maß von Thätigkeit dem Andern die Qualität des Urhebers nicht nehmen kann. Die Verschiedenheit der Schuld liegt also nicht in der durch die größere oder geringere Thätigkeit bewirkten Verschiedenheit des ursächlichen Verhältnisses, in welchem diese Thätigkeit zum Erfolge steht, sondern, während dieses für Alle das Gleiche ist, liegt der Unterschied in dem Maße der sittlichen Schuld, der größern und geringern Böswilligkeit des Verführers und des Verführten[4]).

§. 96. Wenn das preußische Strafgesetzbuch keine allgemeinen Bestimmungen über das Complott enthält, so ist daraus nicht zu folgern, daß das eigenthümliche unter Complottanten

---

a. a. O. deduciren will, ist unrichtig, und es ist oben gezeigt worden, wie sich ein Complott entwickeln kann, ohne daß irgend ein Complottant als Stifter des Complottes oder als Rädelsführer, als Anführer von den anderen zu unterscheiden wäre.

2) II. 20. §. 65. 68. 94. 170.

3) Feuerbach Lehrb. §. 47. Abegg Lehrb. §. 74. Anmerk. Bauer §. 87. Cucumus a. a. O. S. 11 flg. Heffter §. 87. Marezoll S. 197. 198. Berner S. 427 flg. Köstlin System §. 105.

4) Es ist daher sehr inconsequent, wenn Köstlin die erhöhte Strafbarkeit des Anstifters, Rädelsführers, Anführers nur auf ihre „erhöhte Thätigkeit" basiren will. Ebenso steht Berner mit sich selbst im Widerspruch, wenn er a. a. O. S. 457 die Bestimmung des Bayerischen Gesetzentwurfs von 1831, daß nämlich jeder Complottant „nach der Größe seiner Theilnahme an der Ausführung" des Verbrechens zu bestrafen sei, als die richtige ausdrücklich billigt.

bestehende Verhältniß der Theilnahme überhaupt keine Beachtung finden solle. Vielmehr ist eine dem Wesen des Complottes entsprechende Beurtheilung der Complottanten nach den übrigen gesetzlichen Bestimmungen über die Theilnahme am Verbrechen ebenso möglich als damit auch geboten. Insofern im concreten Falle wirklich alle Theilnehmer am Complotte im Verhältniß wechselseitiger Anstiftung stehen, oder insofern einer oder mehrere der Complottanten wirklich als Anstifter aller übrigen erscheinen, wird auf sie die Bestimmung des §. 34. N. 1., im andern Falle die Bestimmung des §. 34. N. 2. Anwendung finden. Es ist hierbei also zu beachten, daß wenn der §. 34. vom Thäter den Anstifter und Gehilfen unterscheidet, doch dem nichts entgegensteht, den Anstifter und Gehilfen zugleich seinerseits als Thäter aufzufassen, welcher von Anderen angestiftet wurde, oder sich ihrer als Gehilfen bediente. Welche strafrechtliche Folgen sich hieraus nach den Bestimmungen des §. 35. ergeben, und in wie weit eine Verschiedenheit der Schuld des Verführers und Verführten Berücksichtigung finden kann, ist nach dem Früheren von selbst klar.

Anmerk. Die älteren Entwürfe des Strafgesetzbuches enthielten rücksichtlich des Complottes ziemlich umfangreiche an die gemeinrechtliche Doctrin sich anschließende Bestimmungen, die allmälig vereinfacht im Entwurfe von 1847 ganz wegblieben, weil „eine formelle, gleichsam technische „Bezeichnung des Complottes im Gesetze theils zu bloßen Zumessungs„gründen, theils zu bedenklichen Abstractionen" führe [1]). Jedenfalls ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte des §. 34. so viel, daß man das eigenthümliche Wesen des Complottes eben so wenig verkannte, wie leugnen wollte, daß man aber eine eigentliche Definition desselben ebenso wie die der Anstiftung und Beihilfe vermied, und die Bestimmungen des §. 34. für ausreichend und unverfänglicher erachtete. Die Art ihrer Anwendung ergiebt sich in Rücksicht auf die oben erörterte Natur des Complottes von selbst. Freilich aber wird die Praxis davor gewarnt werden müssen nicht etwa im Anschluß an die neueren Ansichten eine wechselseitige Anstiftung als das wesentliche und nothwendige Moment des Complottes zu betrachten [2]), und in dieser Beziehung muß der Ansicht Temme's ganz beige-

---

1) Goltdammer Mat. I. S. 282—297. Temme Lehrb. S. 374—375.
2) Wie dies bereits geschehen ist, vgl. die Nichtigkeitsbeschwerde bei Golt-

stimmt werden [3]), obwohl daraus nicht folgt, daß das Wesen des Complottes einer selbständigen wissenschaftlichen Untersuchung und Feststellung nicht bedürfe.

§. 97. Wird die Vollendung des im Complotte beschlossenen Verbrechens zufällig verhindert, so daß sich aus der Thätigkeit der Complottanten nur eine Versuchshandlung ergiebt, so bleiben die entwickelten Grundsätze über die Zurechnung ganz dieselben, wie im Falle des vollendeten Verbrechens. Ist dagegen das Complott in seiner Entwickelung noch nicht weiter gediehen als bis zum Abschluß einer Uebereinkunft, so wird selbst nicht einmal eine strafbare Versuchshandlung anzunehmen sein, falls etwa nur die verbrecherische Tendenz des Willens das die Verbündeten einigende Moment war, ohne daß man schon zur Gestaltung einer bestimmten verbrecherischen Absicht gelangt wäre. Sind dagegen die Complottanten bereits durch die gemeinsame Absicht unter einander verbunden, oder ist weiter noch der Plan zur Ausführung des Verbrechens durch Verabredung im Einzelnen festgestellt, so wird zwar nicht das Complott an sich und in Bezug auf jeden Theilnehmer, wohl aber in Betreff einzelner derselben als strafbare Versuchshandlnng zu betrachten sein. Diejenigen Complottanten, welche nur ihren der gemeinsamen Absicht entsprechenden Willen und ihre Bereitwilligkeit zu fernerer Thätigkeit erklärt haben, können überhaupt nicht als Handelnde, am wenigsten als einer strafbaren Versuchshandlung Schuldige angesehen werden. Dagegen enthält die Thätigkeit Derjenigen, welche andere Theilnehmer zur Begehung eines bestimmten Verbrechens anstifteten, allerdings die Erfordernisse der Versuchshandlung, weil sie als eine durch verbrecherische Absicht bestimmte Handlung erscheint, in welchen sich deren ursächliche Beziehung auf das zu vollendende Verbrechen völlig erkennbar darstellt, während die Vollendung zufällig vereitelt wurde. Für das preußische Strafrecht wird hier die Frage entstehen, ob diese Thä-

---

dammer A. II. S. 356. Vgl. dagegen Urtheil des Ob. Trib. ebendas. IV. S. 696 oben.

3) a. a. O. S. 373.

tigkeit als eine Handlung, welche einen Anfang der Ausführung enthält, zu betrachten sei, und diese Frage muß im Sinne des Gesetzes verneint, darum die bloße verbrecherische Uebereinkunft als straflos betrachtet werden. In wie fern auch beim Complotte der freiwillig aufgegebene Versuch die Complottanten straflos erscheinen läßt, ergiebt sich bei folgerechter Anwendung der früher [1]) entwickelten Grundsätze von selbst.

Anmerk. Erst in der neuern Zeit ist die Frage, inwiefern die bloße Eingehung des Complottes strafbar sei, erörtert und verschieden beantwortet worden. Einerseits hat man sich dahin entschieden, daß das Complott an sich an allen Theilnehmern desselben als Versuch, und zwar etwa als entfernter Versuch zu bestrafen sei [2]). Wenn hiergegen andrerseits eingewandt wird, daß das Complott darum nicht als Versuch bestraft werden könne, weil die bloße Eingehung desselben nur als eine Willenserklärung, nicht als eine Handlung, oder höchstens als Vorbereitung zu betrachten sei [3]), so ist dies zum Theil richtig, denn wenn man nicht der irrigen Ansicht folgen will, daß durch die bloße Beitrittserklärung zum Complotte bereits eine wechselseitige Anstiftung der Complottanten stattfindet, so wird man zugeben müssen, daß wenigstens möglicherweise in Betreff einzelner Complottanten eine über die bloße Willenserklärung hinausgehende Handlung nicht vorliegt. Eben so gewiß wird man aber zugeben müssen, daß die von anderen Complottanten geübte Anstiftung nimmermehr nur eine Willenserklärung, sondern eine wirkliche Handlung ist. Weiter ist es aber eine Handlung, in welcher sich deren ursächliche Beziehung auf das beabsichtigte zu vollendende Verbrechen hinlänglich erkennbar darstellt, d. h. eine strafbare Versuchshandlung. Darum wird je nach der Gestaltung des concreten Falles das eingegangene Complott einzelnen Theilnehmern als Versuchshandlung zuzurechnen sein, anderen nicht, wogegen es nicht unbedingt an sich selbst und in Betreff aller Theilnehmer als Versuch betrachtet werden darf. Gleichwohl hat die neuere Gesetzgebung entweder ganz allgemein, oder, wie die preußische, wenigstens

---

1) Vgl. oben §. 49.

2) Kleinschrod I. §. 179. scheint dieser Ansicht zu sein, ohne sie klar auszusprechen. Entschieden bekennen sich zu derselben Grolman §. 34. Tittmann I. §. 103. Bauer Abhandl. I. S. 445 flg. Köstlin N. Revis. §. 150. System §. 106.

3) Mittermaier Neuester Zustand S. 150. und zu Feuerb. §. 47. n. 6. Lucumus a. a. O. S. 9—11. Berner a. a. O. S. 414 flg. Marezoll S. 198 n. 1.

für den einzelnen Fall, die bloße Eingehung des Complottes in Betreff aller Theilnehmer für strafbar erklärt, und dafür kann der rationelle Grund allerdings nicht in irgend einer Rücksicht der formellen Zurechnung, sondern nur darin gesucht werden, daß sich im Complotte eine den Rechtsfrieden gefährdende Macht constituirt hat, und daß darum auch die bloße Eingehung des Complottes, als einer verbotenen Verbindung in polizeilichem Interesse bestraft werden muß [4]). Wenn also das preußische Strafgesetzbuch §. 63. die bloße Verabredung eines hochverrätherischen Unternehmens mit Strafe bedroht, so ist daraus allerdings für die Bestrafung des Complottes im Allgemeinen durchaus nichts zu folgern. Dagegen tritt gerade hier wiederum die Werthlosigkeit der dem Code pénal entnommenen Definition des strafbaren Versuches sehr evident hervor. Es soll nicht geleugnet werden, daß es der Ansicht, von welcher die Redactoren des Strafgesetzbuches bei der Fassung des §. 31. ausgingen, entspricht, das erfolglos gebliebene Complott aus den gleichen Gründen wie die erfolglose Anstiftung überhaupt nicht als strafbaren Versuch aufzufassen [5]). Diesen Grundsatz aber wissenschaftlich irgendwie zu begründen, erscheint unmöglich. Daß es nicht möglich ist straflose Vorbereitung und strafbaren Versuch nur in Rücksicht auf die größere oder geringere Annäherung an die Vollendung zu unterscheiden, ist oben gezeigt worden. Soll die bloße intellectuelle Einwirkung zum Anfang der Ausführung nicht genügen, sondern eine physische Thätigkeit erfordert werden [6]), dann könnte die Injurie, die Verleumdung nie versucht, geschweige vollendet werden. Kann der Anfang der Ausführung also auch in einer intellectuellen Einwirkung bestehen, warum soll die anstiftende Thätigkeit eines Complottanten nicht als Versuch erscheinen? Es kann sich die Thätigkeit eines Complottanten nach der gemeinsamen Verabredung überhaupt darauf beschränken sollen, daß er nur als Complottstifter und Rädelsführer dient, so daß er in dem Augenblicke, wo die weitere Entwickelung des Complottes abgeschnitten wird, seine planmäßige Thätigkeit bereits vollendet hat, und dennoch soll er

---

4) Lucumus und Berner a. a. O.

5) Vgl. oben §. 49. Goltdammer Mat. I. S. 334. Zachariä in Goltdammers A. III. S. 300.

6) So Lucumus a. a. O., der zum Anfang der Ausführung Gewaltthätigkeiten, Anwendung von Mitteln fordert, während die gegenseitige Uebereinkunft in Bezug auf das vertragsmäßig gebildete Subject weiter nichts als verbrecherischer Vorsatz sei! — ein widersinniger Grundsatz, der einen Schein nur dadurch gewinnt, daß das Complott, wohin auch Berner zu neigen scheint, als juristische Person aufgefaßt wird, während hier wie in jedem Falle die Strafbarkeit nicht des Complottes, sondern der Complottanten ermessen werden soll.

straflos sein? Mit einem Worte[1], die Thätigkeit, welche in einem Falle genügt, um ihn als Urheber des vollendeten Verbrechens strafbar zu machen, ganz dieselbige Thätigkeit soll im andern Falle nicht genügen, um auch nur als Versuchshandlung zu erscheinen. Von welcher Seite man es betrachten möge, so bleibt das Resultat bestehen, daß die anstiftende Thätigkeit des Complottanten nicht bloß Willenserklärung, nicht bloß vorbereitende sondern Versuchshandlung ist, weil sie als eine solche erscheint, in welcher sich ihre ursächliche Beziehung auf das beabsichtigte zu vollendende Verbrechen völlig erkennbar darstellt.

§. 98. Von den gleichmäßig als Urheber der That erscheinenden Complottanten sind diejenigen zu unterscheiden, welche im Widerspruche zur Uebereinkunft thätig oder unthätig waren. Hat die planwidrige Thätigkeit eines Complottanten ein anderes als das gemeinsam beabsichtigte Verbrechen zur Folge, so liegt ein nach den früher entwickelten Grundsätzen zu beurtheilender Exceß vor. Die gegen die Verabredung unthätig gebliebenen Complottanten sind straflos, wofern ihre Unthätigkeit als freiwilliger Rücktritt vom Versuche betrachtet werden kann, oder wofern sie überhaupt keine über die bloße Erklärung ihres Beitrittes zum Complott hinausreichende Wirksamkeit ausübten. Complottanten dagegen, welche als Anstifter aller übrigen thätig gewesenen Complottanten zu betrachten sind, werden nach der Natur der Sache wie auch nach §. 34. N. 1. und §. 35. des Strafgesetzbuches als Urheber des vollendeten Verbrechens selbst dann zu bestrafen sein, wenn sie die planmäßig übernommene weitere Wirksamkeit unterließen. Kann das vollendete Verbrechen immer nur als das Ergebniß der Gesammtthätigkeit aller wirksam gewesenen Complottanten betrachtet werden, dann wird endlich demjenigen Complottanten, welcher gegen die Verabredung unthätig blieb, wohl aber vorher den einen oder andern Theilnehmer angestiftet hatte, jedenfalls das vollendete Verbrechen nicht zuzurechnen sein. Nach den bereits erörterten Grundsätzen des preußischen Strafrechtes ist er aber auch nicht einmal eines strafbaren Versuches schuldig, weil seine anstiftende Thätigkeit rücksichtlich der vollbrachten That als eine unzulängliche und in diesem Sinne erfolglose aufzufassen ist.

Anmerk. Daß ein aus dem Exceß eines der Complottanten sich ergebendes Verbrechen den übrigen nicht zuzurechnen ist, versteht sich von selbst[1]). Es bleibt hierbei nur zu berücksichtigen, daß wenn ein, neben dem gemeinsam beabsichtigten, von einem Complottanten begangenes, Verbrechen sich unzweifelhaft als ein der Uebereinkunft entsprechendes Mittel zum Zwecke darstellt, es auch den übrigen zuzurechnen sein wird, wenn es auch nicht gerade vorher speciell verabredet oder nur etwa eventuell in Aussicht genommen war[2]). Im andern Falle wird ein solches Verbrechen, wie Berner richtig bemerkt, sich häufig auf eine zufällige Miturheberschaft aller oder einiger Complottanten zurückführen lassen. Was die gegen die Uebereinkunft unthätig gebliebenen Complottanten betrifft, so mußte man, wenn man die wechselseitige Anstiftung als wesentliches Moment des Complottes betrachtete, folgerecht sie wenigstens wegen Versuches verantwortlich machen[3]), insoweit dem nicht, wie im preußischen Strafrechte, die eigenthümliche Auffassung des Versuches entgegensteht. Hiergegen ergeben sich die oben aufgestellten Grundsätze aus dem Früheren von selbst. Nach preußischem Strafrechte werden also Complottanten, welche an der „Ausführung" im Sinne des §. 31. nicht Theil nehmen; und auch nicht nach §. 34. N. 1. als Anstifter aller übrigen thätigen Complottanten bestraft werden können, allerdings straflos ausgehen, obwohl sie vielleicht die böswilligsten und gefährlichsten waren und bei Stiftung des Complottes und Feststellung des Planes eine umfangreiche und wichtige Thätigkeit ausübten. Das ist aber eine Consequenz der besprochenen Auffassung des Versuches, der auf keinem Umwege zu entgehen ist[4]), wenn man sich nicht entschließen will den Anfang der Ausführung in der dem begrifflichen Wesen des Versuches entsprechenden Weise zu bestimmen.

---

1) Quistorp §. 54. Tittmann I. §. 103. Berner a. a. O. S. 471 flg. Köstlin System §. 107.

2) Berner a. a. O. Ein interessanter auf Exceß beim Complott sich beziehender Fall aus der preußischen Praxis bei Goltdammer A. II. S. 342 flg.

3) Quistorp §. 54. Stübel Thatbestand §. 62. Schirach im N. A. I. S. 531. Tittmann I. S. 205. Heffter §. 87. Köstlin System §. 106. Vgl. dagegen Berner a. a. O. S. 467.

4) Die Ansicht Goltdammers Mat. II. S. 39, daß Complottanten der angegebenen Art nicht straflos bleiben können, ist an sich durchaus zu billigen und nach gemeinem Rechte würden sie unbedenklich wegen Versuchs zu strafen sein. Seine Ansicht aber, daß sie auch nach preußischem Strafrechte zu bestrafen seien, ist eine unhaltbare.

3. Der Zweck des Verbrechens.

§. 99. Die als ein zeitlich verlaufendes Ereigniß, als eine Kette von Ursachen und Wirkungen erscheinende menschliche Thätigkeit gewinnt die Bedeutung einer einheitlichen Handlung nur durch die Absicht, nur indem der Mensch einen schließlichen Erfolg denkend vorhersieht, ihn als solchen will, und seine möglicherweise sehr umfangreiche und vielgestaltige Thätigkeit ursächlich auf ihn bezieht. Darum ist auch nur der eines solchen Denkens und Wollens Fähige zugleich fähig zum Handeln. Eben diese Handlungs- und Zurechnungsfähigkeit bringt es aber auch nothwendig mit sich, daß für den Handelnden die einzelne Handlung nicht bloß die Bedeutung haben kann, welche sie durch den beabsichtigten Erfolg empfängt. Als Denkender, Freier bleibt der Handelnde auch seiner einzelnen That gegenüber stets das, im Unterschiede von allen einzelnen Willensäußerungen, sich seiner selbst bewußte, in der Einheit mit sich verharrende Ich, das nicht, wie bei dem Unzurechnungsfähigen, sich in der Vielheit seiner Zwecke zerstreut und in ihnen aufgeht. Der Zurechnungsfähige kann darum niemals die Handlung selbst als Zweck betrachten, und sie nur um ihrer selbst willen vollbringen, sondern er vermag nur zu handeln, indem er sich selbst als Zweck, die Handlung dagegen als Mittel zum Zwecke setzt. Es kommt hier nicht darauf an die Frage zu beantworten, welches der endliche Zweck alles menschlichen Thuns an sich ist und für das Individuum sein soll, sondern nur darauf den Grundsatz festzustellen, daß der Mensch überhaupt nicht anders zu handeln vermag, als indem er sich selbst in seiner Handlung als Zweck setzt. Ist das seiner selbst bewußte Ich die wesentliche Voraussetzung eines jeden Denk- und Willensactes, so muß auch der Mensch in jedem Acte sich als ein solches Ich darstellen und bethätigen, und nur der Unzurechnungsfähige, der sich nicht als ein Ich zu erfassen vermag, ist einer absolut selbstlosen Thätigkeit fähig, die darum auch nicht als Handlung erscheint. Der sittliche Werth der Handlung wird also wesentlich dadurch bedingt werden, wie der Handelnde sein Ich denkend erfaßt hat, aber ob er eine That der

niedrigsten Selbstsucht oder der höchsten sittlichen Selbstverleugnung und Aufopferung vollbringt, immer ist es das eigene Ich auf das er die That bezieht, und das in ihr seine Selbstbefriedigung erstrebt, indem dem Willen die ihn bewegende Kraft völlig mangeln würde, wenn es nicht darauf ankäme den Gegensatz seines gegebenen Zustandes und der gedankenmäßigen Auffassung seiner selbst handelnd auszugleichen. Wir bezeichnen diesen letzten Zweck, auf welchen das Individuum alle seine Handlungen als Mittel bezieht, gleichviel wie er beschaffen sein und ob er der sittlichen Pflicht des Menschen entsprechen möge oder nicht, als das Wohl.

§. 100. Die Befriedigung des eigenen Wohles ist also eben so sehr der nothwendige Zweck einer jeden menschlichen Handlung, als auch eben darum das Motiv derselben, die den Willen in Bewegung setzende Kraft, und vermag der Mensch nicht anders zu handeln, als indem er eine solche Befriedigung erstrebt, so ist deshalb auch dieses Streben im Allgemeinen als sein Recht anzuerkennen. Gleichwohl vermag es nicht jeder einzelnen aus ihm erwachsenen Handlung damit auch eine innere Berechtigung zu verleihen. Ist nämlich der Maßstab für den rechtlichen und sittlichen Werth der Handlung ein objectiv feststehender, so wird es auch im concreten Falle darauf ankommen, ob der Handelnde diesen objectiven Maßstab zugleich zu dem subjectiven seines Thuns gemacht hat, ob er sich von der Einsicht und dem Bewußtsein hat bestimmen lassen, daß nur ein rechtlich und sittlich gestalteter gesellschaftlicher Zustand das Wohl Aller wie des Einzelnen zu gewähren vermag, und daß darum das individuelle Wohl eine Berechtigung nur hat, insoweit es durch ein rechtlich und sittlich pflichtmäßiges Handeln erstrebt wird. Der Werth der pflichtmäßigen Handlung kann demnach dadurch nicht vermindert werden, daß sie dem Handelnden zugleich zur individuellen Befriedigung gereichte, und etwas Höheres als dies: pflichtmäßig zu handeln um des eigenen Wohles willen, vermag der Mensch nicht zu vollbringen. Umgekehrt kann auch der Werth der pflichtwidrigen Handlung niemals nur an der Bedeutung, die ihr der Handelnde für sein Wohl beilegte, abgemessen werden, so daß

also auch ihr Werth ohne Rücksicht auf den Zweck und das Motiv des Handelnden, rein objectiv zu bestimmen ist. Für das Strafrecht ergiebt sich aber hieraus, daß die Handlung, welche am Maßstabe des Rechtes gemessen sich als eine verbrecherische darstellt, unbedingt eine solche bleibt, welche Beziehung ihr auch der Handelnde auf das Wohl gegeben haben mag, oder daß Zweck und Motiv des Handelnden die rechtliche und sittliche Schuld der verbrecherischen That nie zu tilgen vermögen.

Anmerk. Das positive Recht hat die Bedeutung des Zweckes oder Motives der Handlung in der negativen Beziehung von jeher anerkannt, daß es ihm niemals eine die Schuld der verbrecherischen That tilgende Kraft beigelegt hat. Aus dem Weiteren wird sich ergeben, wie es das Motiv der Handlung aber auch in anderer positiver Beziehung wohl beachtet hat. Darum konnte eine Berücksichtigung desselben allerdings auch der Doctrin nicht fremd bleiben, jedoch machte sie sich entweder nur ganz beiläufig geltend, indem die casuistische Erörterung der verschiedenartigen Gestaltung eines besondern Verbrechens dazu Gelegenheit bot, oder es mangelte doch, insoweit man auf eine allgemeiner gefaßte Erörterung einging, an einer jeden wissenschaftlichen Begründung. Erst in neuster Zeit hat man es, nach dem Vorgange Hegels [1]), für nöthig erachtet bei der Zurechnungslehre des Zweckes der Handlung ausdrücklich zu gedenken [2]). Theils aber ist die Bedeutung desselben in dem Grundsatze, daß er die criminelle Schuld nicht aufzuheben vermöge, durchaus nicht erschöpft, theils kann, wie das Frühere ergiebt, die Straflosigkeit der im Nothstande begangenen Rechtsverletzung unmöglich nur in der Weise Hegels durch den Zweck der Handlung gerechtfertigt werden. Der Unterschied des Zweckes und der Absicht ist von selbst klar, obwohl dennoch in der Doctrin aus der Verwechslung des Zweckes mit der Absicht, des Motives, Interesses mit dem dolus, sich mancherlei Irrthümer ergeben haben.

§. 101. Die dem eigenthümlichen Wesen des Verbrechens entsprechende Entwickelungsstufe des Bösen ist, wie sich früher ergab [1]), die Selbstsucht. Ob aber eine Handlung als eine selbst-

---

1) Philosophie des Rechts §. 121 flg.
2) Köstlin N. Revis. §. 113. 152. System §. 78. Berner Imput. S. 224 flg.
1) oben §. 71. 72.

süchtige und darum böse zu bezeichnen ist, das hängt nimmermehr nur davon ab, daß der Handelnde in seiner Handlung sich selbst und die Befriedigung seiner selbst sucht, da vielmehr ein solches Suchen die wesentliche Voraussetzung alles Handelns bildet, sondern vielmehr davon, wie das gesuchte Selbst beschaffen ist. Nicht das mit dem Wissen und Wollen der Wahrheit, seiner sittlichen Pflicht erfüllte und als solches handelnd sich suchende Selbst ist die Quelle der bösen, selbstsüchtigen Handlung, sondern nur das jenes sittlichen Gehaltes bare, im Gegensatze zu ihm in seiner individuellen Beschränktheit sich fixirende, und als solches in seiner Thätigkeit sich geltend machende Ich. Ist darum zwar die selbstsüchtige Handlung eine sittlich werthlose, so wird doch nicht in allen Fällen ihr Unwerth oder die sittliche Schuld des Handelnden sich gleich sein, und diese in der Natur der Sache liegende Verschiedenheit hat nicht bloß eine sittliche, sondern auch strafrechtliche Bedeutung. Ihren Grund aber hat diese Verschiedenheit in dem verschiedenen Maße des Widerspruches, in welches der Handelnde durch seine That zu seiner sittlichen Pflicht getreten ist, und darüber kann niemals nur die Absicht, der objective Erfolg der That, sondern nur Zweck oder Motiv des Handelnden Aufschluß geben.

§. 102. Nur wenn die gute, sittliche Handlung wirklich eine absolut selbstlose wäre, würde die aus einem subjectiven Interesse oder Motive entsprungene Handlung als die schlechthin böse zu bezeichnen sein, und ein weiterer Unterschied könnte in dieser Beziehung nicht stattfinden. Ist aber in jeder Handlung die Berechtigung des Handelnden, sich durch die Rücksicht auf sein Wohl bestimmen zu lassen, anzuerkennen, dann kann auch der sittliche Werth oder Unwerth einer jeden Handlung niemals nur rein objectiv bestimmt werden, sondern ist nothwendig zugleich nach dem Motive des Handelnden zu ermessen, und auch in der bösen, verbrecherischen Handlung bleibt die relative Berechtigung des Motives zu beachten. Die böse, insbesondere die verbrecherische That setzt stets einen Conflict voraus, in welchen nach der Auffassung des Handelnden sein Wohl mit seiner sittlichen Pflicht gerathen war, einen Conflict den er dadurch löste, daß er den durch sein

Wohl geboten scheinenden Zweck über die sittliche Pflicht setzte. Bleibt die That eine verbrecherische, wie auch jener Conflict beschaffen war, so wird doch näher das Maß der verbrecherischen Schuld durch die Größe desselben wesentlich bedingt. Im Allgemeinen ist aber dieses Maß in der Weise zu bestimmen, daß, je werthloser in sittlicher Beziehung der Zweck des Handelnden erscheint, um so geringer auch der Conflict des Wohles mit der Pflicht ist, und daß ein um so größeres Maß des bösen Willens erfordert wird, um in solchem Falle die Pflicht dem Wohle unterzuordnen. Umgekehrt wird je höher der sittliche Werth des Zweckes steigt, um so größer und schwieriger auch der Conflict desselben mit der Pflicht erscheinen, und um so geringer wird dann in dieser Beziehung die Schuld sich darstellen, wenn die Pflicht dem Wohle untergeordnet wurde.

§. 103. Nach dem angegebenen Grundsatze wird in Rücksicht auf den Zweck und das Motiv des Handelnden eine höchst mannigfaltige Abstufung der Schuld stattfinden. Gleichwohl werden in dieser quantitativen Abstufung der Schuld bestimmte qualitative Unterschiede zu beachten sein, welche sich aus der Weise ergeben, in welcher der Handelnde sein Wohl im Verhältnisse zum Wohle Anderer und zum allgemeinen Wohle, d. h. rücksichtlich der verbrecherischen Handlung zum Rechte Anderer und zur Rechtsordnung überhaupt, auffaßte. Entweder nämlich betrachtet der Handelnde 1) das Recht und das eigene Wohl als einen absoluten Gegensatz, und unternimmt es das fremde Recht und die Rechtsordnung selbst zu verletzen, um das eigene Wohl zu fördern, d. h. Mittel wie Zweck liegt, auch nach dem Bewußtsein des Handelnden, ganz außerhalb des Rechtes; oder er glaubt 2) nur durch Verletzung des Rechtes sich im eigenen Rechte behaupten zu können, d. h. der Zweck ist ein individuelles selbst als berechtigt anzuerkennendes Interesse, das Mittel aber ein verbrecherisches, und als solches gewähltes; oder endlich er erfaßt 3) das formelle Recht und die Gerechtigkeit als sich entgegengesetzt, und verletzt das erstere um der Gerechtigkeit, dem allgemeinen Wohle wie dem Anderer zu dienen, d. h. er betrachtet Mittel und Zweck als in sich gerecht, wenn auch dem formellen Rechte

widersprechend. In allen Fällen ist demnach das Mittel ein verbrecherisches und als solches vom Handelnden zu kennendes und gekanntes, der Zweck dagegen ist rechtlich wie sittlich von verschiedenem Werthe, und wie wenig er je die Schuld zu tilgen vermag, so gewiß ist er für die Schuld des Handelnden von Bedeutung.

§. 104. Wie weit der Rücksicht auf Zweck und Motiv des Handelnden ein Einfluß auf das Maß der Strafe einzuräumen sei, das wird zunächst von den Bestimmungen des positiven Rechtes abhängen. Die Anerkennung eines solchen Einflusses ist den gemeinrechtlichen Quellen nie völlig fremd gewesen, und in erhöhtem Maße tritt dieselbe in der neuern Gesetzgebung, so auch in der preußischen, hervor. Es ist dies besonders in der Weise geschehen, daß man sich veranlaßt gesehen hat in einzelnen Fällen neben dem normalen, durch die andern in Betracht kommenden Momente bestimmten, Strafmaße eines besondern Verbrechens, unter Voraussetzung eines eigenthümlichen Motives noch ein anderes erhöhtes oder vermindertes Strafmaß festzustellen. Eine solche ausdrückliche Berücksichtigung des Motives kann aber nur dazu dienen den Grundsatz zu bestätigen, daß sie als eine von der Gerechtigkeit geforderte auch in allen anderen geeigneten Fällen stattfinden muß, insoweit dies innerhalb der Grenzen des relativ bestimmten Strafmaßes dem richterlichen Ermessen möglich ist. Hierbei wird aber, von weiteren quantitativen Unterschieden abgesehen, die leitende Regel die sein, daß in dem ersten der oben angeführten drei Fälle, rücksichtlich der hier in Betracht kommenden Beziehung, das Maß der Schuld am größten, in dem dritten derselben am geringsten ist.

§. 105. Im ersten der genannten Fälle befindet sich der Handelnde rücksichtlich des Zweckes wie Mittels im vollsten, bewußten Gegensatze zum Rechte, und eben darum ist das Maß seiner Schnld in dieser Beziehung das höchste. Es ist die niedrigste und erniedrigendste Selbstsucht, die ihn dazu bestimmt aus Eigennutz, Gewinnsucht, um des sinnlichen Genusses willen, das Verbrechen zu begehen, oder die höchste Entwickelungsstufe des Bösen, die Bosheit, die sich, ohne weitern eigenen Vortheil, nur in der reinen Freude am Bösen befriedigt fühlt. Es sind dies

die ihrer Natur nach entehrenden Verbrechen, denn wenn der Mensch seine rechtliche Ehre nur in der Anerkennung als einer vollen Rechtspersönlichkeit, die nothwendig eine wechselseitige ist, haben kann, so entzieht er sich die Basis des eigenen Rechtes und der eigenen Ehre, wenn er durch seine That das Recht überhaupt und die Berechtigung der fremden Persönlichkeit negirt. Es hat dies im gemeinen wie im preußischen Rechte seine Anerkennung gefunden, indem vorzüglich diejenigen Verbrechen, die ihrer Beschaffenheit nach aus derartigem Motive entspringen, oder auch andere, wofern im besondern Falle ein solches Motiv obwaltete, mit Ehrenstrafen belegt sind.

Anmerk. Es giebt Verbrechen, bei welchen, wie bei Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Raub, ein bestimmtes Motiv, hier das der selbstsüchtigen Bereicherung zum Nachtheil Anderer, als das in der Regel obwaltende vorausgesetzt werden kann. Ebenso wird bei den meisten der sogenannten Unzuchtsverbrechen die Befriedigung der sinnlichen Begierde als Motiv angenommen werden dürfen. Darum wird auch der Gesetzgeber bei der Feststellung des normalen Strafmaßes solcher Verbrechen ganz sicher dieses als Regel zu betrachtende Motiv berücksichtigen, und wie sehr dies in den gemeinrechtlichen Quellen und ebenso im preußischen Strafrechte von jeher der Fall gewesen ist[1]), das liegt, trotz aller Verschiedenheit in der strafrechtlichen Behandlung dieser Verbrechen, auf der Hand, und tritt besonders scharf hervor, wenn man z. B. die Behandlung des Diebstahls mit der der Eigenthumsbeschädigung vergleicht, welche letztere jenem rücksichtlich des Maßes der Rechtsverletzung und des angerichteten Schadens völlig gleichstehen kann, aber gerade in Betreff des Motives gewöhnlich von ihm durchaus verschieden ist. Wenn die gemeinrechtlichen Quellen, wie das preußische Strafgesetzbuch, gerade bei solchen Verbrechen, trotz des möglicherweise sehr geringen Maßes der Rechtsverletzung, regelmäßig Ehrenstrafen haben eintreten lassen, so beruht dies auf einer sehr richtigen sittlichen Würdigung des Motives. Kann selbst das Verbrechen, wie strafbar es immerhin sein möge, ein bestimmtes Maß sittlicher Thatkraft bekunden und einen relativen sittlichen Werth haben, so ist es eben nicht die verbrecherische That an sich, nicht die Absicht, sondern der Zweck, welcher über den sittlichen Werth der That und des Thäters entscheidet. Ent-

1) Vgl. im preuß. Strafgesetzbuch die Titel 12. 18—25.

ehrend ist das Verbrechen nicht durch die Größe der Rechtsverletzung, sondern durch die völlige sittliche Werthlosigkeit des Zweckes, wie der Habsucht, des sinnlichen Genusses, der boshaften Freude am Bösen, denen die rechtliche Pflicht und die Achtung vor dem Rechte Anderer untergeordnet wird. Daraus folgt aber, daß es bei solchen Verbrechen, bei denen das Gesetz ein bestimmtes Motiv als das in der Regel obwaltende nicht voraussetzen konnte und augenscheinlich nicht vorausgesetzt hat, eine Forderung der Gerechtigkeit ist, daß im concreten Falle das Motiv des Handelnden bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, und wenn das preußische Strafgesetzbuch in einer großen Zahl von Fällen es dem Ermessen des Richters überlassen hat, ob neben anderen zugleich eine Ehrenstrafe verhängt werden solle oder nicht, so wird es insbesondere die Rücksicht auf das Motiv des Handelnden sein müssen, das in dieser Beziehung entscheidet. Umgekehrt kann aber auch der Fall vorkommen, daß das Gesetz bei seiner Strafbestimmung augenscheinlich ein Motiv vorausgesetzt hat, das im concreten Falle nicht vorliegt. Insofern in Folge dieses Umstandes die Schuld geringer erscheint, ist dem preußischen Richter vermöge der relativ bestimmten Freiheitsstrafen, der so oft seinem Ermessen überlassenen Verhängung von Ehrenstrafen, der zugelassenen Annahme mildernder Umstände, genügender Spielraum für eine gerechte Strafzumessung gewährt.

§. 106. Die Eigenthümlichkeit des zweiten oben angeführten Falles liegt darin, daß das Motiv des Handelnden die Behauptung und Geltendmachung der eigenen Berechtigung, sein Zweck also nicht bloß die Befriedigung des, alles rechtlichen Gehaltes entkleideten, Wohles, sondern ein an sich selbst berechtigter ist, während die Schuld darin liegt, daß für solchen Zweck das verbrecherische Mittel gewählt wurde. Kann auch ein solcher Zweck nie eine absolute die Schuld und Strafbarkeit tilgende Berechtigung in Anspruch nehmen, so wird doch nothwendig sein relativer rechtlicher und sittlicher Werth die Schuld des Handelnden geringer erscheinen lassen, als im Falle völliger Werthlosigkeit des Zweckes. Es gehören hierher insbesondere alle die Verbrechen, deren Motiv die Selbsthilfe im weitesten Sinne des Wortes ist.

Anmerk. Die antike Auffassung des Individuums und seines Rechtes im Verhältnisse zum Rechte und zur Macht des Staates brachte es

mit sich, daß dem römischen Strafrechte eine irgend ausgedehntere Berücksichtigung des angegebenen Motives fremd blieb, obwohl doch auch hier die dem Vater und Ehemanne der Ehebrecherin unter bestimmten Voraussetzungen ertheilte Befugniß, den ertappten Ehebrecher straflos zu tödten, ihre Erklärung nur im Motive des Tödtenden, in der Berechtigung des Schmerzes, der ihn zur That der Rache veranlaßte [1]), finden kann. In welchem Umfange dagegen das germanische Strafrecht, seiner Auffassung der menschlichen Persönlichkeit und ihres Rechtes entsprechend, das Motiv des Handelnden sich in seinem eigenen Rechte zu behaupten, als ein berechtigtes anerkannt hat, wie langer Zeit und welcher Mühen es bedurfte, bevor der Grundsatz, daß auch ein solches Motiv nicht genüge, um die Schuld der verbrecherischen That völlig aufzuwiegen, zur genügenden Anerkennung gelangte, braucht hier nicht nochmals ausgeführt zu werden. Hat aber auch die neuere und so auch die preußische Strafgesetzgebung, von geringfügigen Ausnahmen abgesehen, die absolute Berechtigung der Selbsthilfe und Racheübung getilgt und auch in dieser Beziehung die rechtliche Pflicht über das Motiv gestellt, so hat sie doch, der Natur der Sache nach, nicht umhin gekonnt in ihren Strafbestimmungen die relative Berechtigung eines solchen Motives in vollem Maße anzuerkennen. Es wird genügen hier auf einige wichtigere Fälle hinzuweisen. Wie die öffentliche Meinung sich von der Ansicht, daß es Fälle giebt, in denen die eigene Ehre nur auf dem Wege der Selbsthilfe behauptet werden kann, noch immer nicht hat völlig frei machen können, ebenso hat auch die Gesetzgebung es nicht umgehen können für die Körperverletzung und Tödtung im Duelle eigenthümliche Strafbestimmungen aufzustellen, die ihren Grund allein in der Berücksichtigung des Motives die eigene Ehre zu schützen, finden können. Eben darum wird auch bei dem Duelle das Strafmaß wesentlich durch Beantwortung der Frage bedingt werden, in welchem Maße im concreten Falle das Motiv als ein berechtigtes und unter den obwaltenden Voraussetzungen begründetes anzuerkennen sei. In gleicher Weise findet die strafrechtliche Behandlung des Kindesmordes nicht in irgend einem Momente der formellen Zurechnung, sondern nur in der Berücksichtigung des Motives ihre Erklärung, mag man mit der Carolina die Rettung der weiblichen Ehre oder daneben noch andere Interessen als das Motiv der Mörderin betrachten. Wenn das preußische Strafrecht neben dem Morde und Todtschlage noch diejenige Tödtung oder Körperverletzung durch be-

1) L. 22. §. 4. L. 23. §. 4. ad leg. Iul. de adult. 48, 5. Pauli Sent. recept. II. 26, 1. Novell. 117. c. 18. Abegg Untersuch. S. 154 flg.

deutend ermäßigte Strafe auszeichnet, welche im Zorne über schuldlos erlittene oder den Angehörigen zugefügte Mißhandlungen oder schwere Beleidigungen begangen wurde, so ist es auch hier augenscheinlich nicht bloß der Affect, sondern das Motiv des Thäters, das diese Strafbestimmung rechtfertigt. Hierbei bleibt das Gewicht zu beachten, das auf die den Zorn und das Rachegefühl veranlassenden und ihm seine relative Berechtigung verleihenden Umstände gelegt wird, von denen deshalb hier wie überall das größere oder geringere Maß dieser Berechtigung so wie der Schuld und Strafbarkeit abhängen wird. Natürlich gilt auch für das Motiv der Selbstbehauptung im eigenen Rechte wie für jedes andere die Regel, daß der Richter es sich zu vergegenwärtigen hat, ob das Gesetz bei seiner Strafbestimmung von der Voraussetzung eines bestimmten Motives ausgegangen ist oder nicht, daß er im erstern Falle sich die Frage beantworten muß, ob das vorausgesetzte Motiv auch bei dem zu Strafenden obwaltete oder nicht, und danach die Strafe zu ermessen hat, und daß auch im zweiten Falle, so weit es gesetzlich möglich ist, das Motiv bei der Strafzumessung seine Berücksichtigung finden muß.

§. 107. Das höchste Maß bis zu welchem überhaupt das Motiv des Handelnden seine Schuld und Strafbarkeit zu mindern vermag, wird endlich in dem Falle anzunehmen sein, wenn ein Verbrechen mit der Ueberzeugung eines sittlich pflichtmäßigen Handelns begangen wurde. Ist aber der Gehorsam gegen das Gesetz stets zugleich sittliche Pflicht, so kann auch das Verbrechen an sich niemals eine sittlich pflichtmäßige Handlung sein, und eine derartige Auffassung des Handelnden ist eine sittliche Verkehrtheit, die an sich selbst eine schuldhafte ist. Die Berufung darauf nach bestem Gewissen für das Wohl Anderer und das allgemeine Wohl gehandelt zu haben, kann darum nimmer die Schuld der verbrecherischen That aufheben; niemals kann es dem Individuum gestattet sein im Widerspruche zum Gesetze nur sein rechtliches Gewissen und seine subjective Meinung von dem an sich Gerechten zum Maßstabe seines Handelns zu machen, und die vermeintliche Hingabe an die sittliche Pflicht bleibt auch hier eine selbstsüchtige Ueberhebung über das wahrhaft Pflichtmäßige, bleibt das Streben die persönliche Eitelkeit zu befriedigen, die sich mit der einfachen Pflichterfüllung nicht begnügen, sondern

ein darüber hinausreichendes Verdienst erwerben will. Andrerseits aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß wenn dem Handelnden sein Zweck nicht nur als ein in sich berechtigter, sondern sogar sittlich gebotener erscheint, damit auch das in dieser Beziehung geringste Maß der Schuld vorliegt, obwohl auch hier in Rücksicht auf den wirklichen größern oder geringern sittlichen Werth des Motives ein weiterer quantitativer Unterschied der Schuld wird stattfinden können. So weit nach Maßgabe des Gesetzes eine Beachtung desselben möglich ist, wird bei der Strafzumessung besonders der Umstand zu berücksichtigen sein, daß wie groß auch das Maß der durch das Verbrechen begangenen Rechtsverletzung sein mag, doch vermöge der Ueberzeugung eines pflichtmäßigen Handelns die innere sittliche Basis, auf welcher die Ehre der Person beruht, gewahrt erscheint, und daß darum in der Regel derartige Verbrechen ihrer Natur nach der Verhängung von Ehrenstrafen widerstreben werden, wofern nicht etwa der Verbrecher eine aus anderen Rücksichten entehrende Schuld auf sich lud.

Anmerk. Schon dem römischen Rechte ist eine Berücksichtigung des, nach der Anschauung des Thäters, in seiner sittlichen Pflicht begründeten Zweckes nicht fremd, wenn es z. B. der Familienliebe, dem Mitleid einer die Strafbarkeit mindernden Einfluß einräumt [1]). Eine tiefer eingehende Beachtung des angegebenen Motives kann aber vom Standpunkte des römischen Strafrechtes aus freilich nicht erwartet werden. Wenn hier Recht und Ehre des Individuums nur als vom Staate empfangene, und nur dem Staatsbürger zustehende Güter betrachtet werden, so kann gerade in dem Umstande, daß es das Individuum unternimmt, im Widerspruche zum Gesetze des Staates seine subjective Ansicht von Recht, Ehre, sittlicher Pflicht zur Geltung zu bringen, am wenigsten ein die verbrecherische Schuld minderndes Moment gefunden werden. Für die erforderliche Berücksichtigung desselben war vielmehr erst durch die germanische Rechtsanschauung der Boden gewonnen, indem erst hier die Persönlichkeit in ihrer selbständigen, vom Staate unabhängigen, rechtlichen und sittlichen Be-

---

1) L. 2. D. de recept. 47, 16. L. 14. §. 2. D. de custod. reor. 48, 3. L. 4. §. 15. D. de re milit. 49, 16.

deutung zur vollen Anerkennung gelangte. Ist nun zwar dem ältern deutschen Strafrechte eine Beachtung des Motives, aus welchem das Verbrechen hervorging, durchaus nicht fremd, so beschränkt sie sich doch im Wesentlichen auf die eine Alternative, ob das Verbrechen in selbstsüchtiger Mißachtung des fremden Rechtes oder in gerechtem Zorne über erlittenes Unrecht begangen wurde, und am wenigsten kann bei dem Standpunkte, auf welchem sich die älteren germanischen und die mittelalterlichen Rechtsquellen befinden, eine selbständige Erörterung über Zweck und Motiv des Verbrechens erwartet werden. In einem Punkte aber tritt doch auch die Berücksichtigung des Zweckes des Handelnden für das Wohl und Recht Anderer thätig sein zu wollen, sehr entschieden hervor, indem nämlich das ältere deutsche Recht eine Bestrafung der am Einwilligenden begangenen Rechtsverletzung nicht kennt, und also der Zweck des Thäters dem Interesse und Wohle des Beschädigten zu dienen als genügend betrachtet, um alle Strafbarkeit zu tilgen [2]). Die ältere gemeinrechtliche Doctrin wurde bei der casuistischen Erörterung der Strafmilderungsgründe vielfach auch darauf geführt, um des sittlich pflichtmäßigen Zweckes willen eine Milderung der Schuld und Strafbarkeit anzunehmen. Insbesondere werden Familienpietät, Liebe, Freundschaft, als derartige Motive angeführt, oder wohl auch ganz allgemein das Streben dem Wohle anderer Menschen zu dienen [3]). Der Versuch dies wissenschaftlich, insbesondere in Rücksicht auf die gemeinrechtlichen Quellen näher zu begründen, ist freilich meist sehr verunglückt. Auch die spätere deutsche Doctrin ist allerdings über diese rein casuistische Erörterung einzelner Milderungsgründe nicht hinausgekommen, und insbesondere ist hier das Motiv des Handelnden sehr wenig beachtet worden, außer daß etwa das aus Verwandtenliebe begangene Verbrechen erwähnt, oder im Allgemeinen die „gute Absicht" des Verbrechers als Milderungsgrund angeführt wird [4]). Die neuere und so auch die preußische Strafgesetzgebung hat das, wie man zu sagen pflegt, in guter Absicht begangene Verbrechen meist nur in geringfügigen Einzelheiten berücksichtigt [5]), und befindet sich hier besonders in einem Punkte im Widerspruche zur öffentlichen Meinung. Das hier in Frage stehende Motiv

---

2) Vgl. oben §. 62. Anmerk. 1. Köstlin Syst. S. 108 flg.

3) Tiraquell De poen. temper. c. 4. 21. 22. 23. 24. P. Farinacius Prax. crim. III. de poen. temper.

4) Vgl. z. B. Carpzow Pract. qu. 142—149. Hagemeister De caus. mitig. poen. Kleinschrod III. S. 133 flg. Tittmann I. §. 119 flg. Klein §. 173. Heffter §. 106.

5) Strafgesetzb. §. 37.

kommt nämlich besonders bei den sogenannten politischen Verbrechen in Betracht. Wenn man der Bedeutung dieser der Wissenschaft nicht angehörenden Bezeichnung näher nachforscht, so wird man sich überzeugen, daß es durchaus nicht bloß das Object der Rechtsverletzung, der Staat ist, von welchem das Wesen des s. g. politischen Verbrechens bedingt wird. Vielmehr läßt man sich bei der Auffassung desselben vorwiegend von der Rücksicht auf Motiv und Zweck des Thäters leiten, d. h. von der Ansicht, daß der politische Verbrecher das eigene Wohl dem Wohle des Staates unterordnet, daß er das Gesetz verletzt um der Gerechtigkeit zu dienen, daß er die bestehende Staatsgewalt zu stürzen unternimmt, um sie, wie er meint, in verjüngter dem Wohle des Volkes angemessnerer Form wieder herzustellen. Darum schließt man von den politischen Verbrechen diejenigen gegen den Staat gerichteten aus, bei denen sich ein solches Motiv nicht voraussetzen läßt, und wenn man dasselbe beim Hochverrathe in der Regel voraussetzt, so wird man doch den aus anderem Motive handelnden Hochverräther, z. B. den Vaterlandsverräther, den vom auswärtigen Feinde bezahlten Spion, nie geneigt sein zu den politischen Verbrechern zu rechnen. Die Folgerung aber, welche man aus dieser vorausgesetzten Eigenthümlichkeit des politischen Verbrechens ableitet, ist die, daß, welche Strafe auch im Uebrigen vermöge der Größe der Rechtsverletzung erforderlich erscheinen mag, doch in solchen Fällen eine entehrende Strafe der Gerechtigkeit widerstreitet. Im Allgemeinen wird aber aus den oben angeführten Rücksichten eine solche Auffassung als eine allerdings begründete angesehen werden müssen, und auch das preußische Strafrecht hat sich ihr nicht völlig zu entziehen vermocht. Schon das Landrecht unterschied den Hoch- und den Landesverrath, freilich ohne diesem Unterschiede einen wesentlichen Einfluß auf die Strafe einzuräumen, wogegen, jener Auffassung entsprechend, das Strafgesetzbuch den Landesverrath unbedingt, den Hochverrath nur bedingungsweise mit entehrenden Strafen bedroht. So weit es das Gesetz gestattet, wird daher der Richter auch hier dem Motive des Verbrechens einen Einfluß auf die Strafbarkeit zugestehen müssen, so gewiß es auch durchaus verwerflich ist, ohne nähere Erforschung des Motives, das oft, vielleicht meist, von der sittlichen Sorge um das Wohl des Staates und Volkes weit entfernt ist, jeden strafrechtlich verfolgten Revolutionär mehr als einen völlig ehrenhaften mit einem Heiligenschein umkleideten Unglücklichen, denn als einen Verbrecher betrachten zu wollen. Jedenfalls bleibt außerdem zu beachten, daß der sittliche Werth des Motives, wenn wirklich ein derartiges Motiv obwaltete, wieder aufgewogen wird, falls sich der Verbrecher in anderer Beziehung, besonders durch die Wahl der

Mittel, die feige Hinterlist des Meuchelmörders u. s. w. selbst entehrt haben sollte.

4. Die Macht des Bösen.

§. 108. Die im Verbrechen nothwendig liegende sittliche Schuld zeigt, daß im Willen des Thäters das Böse zu einer ihn bestimmenden Macht geworden war. Aber nicht bloß im Willen, sondern zugleich auch durch den Willen und seine freie Selbstbestimmung gelangt das Böse zu solcher Macht, so daß die mögliche quantitative Steigerung dieser Macht bedingt wird durch die steigende Macht der abstracten Willkür, welche sich mehr und mehr jedes sittlichen Gehaltes zu entkleiden, und mit immer größerer Sicherheit und Fertigkeit im Widerspruche zur eigenen sittlichen Freiheit sich geltend zu machen weiß. Die intensivere Macht des Bösen, welche sich im Verbrechen kund giebt, wird daher, weit entfernt die That zu entschuldigen, vielmehr umgekehrt auf ein höheres Maß der sittlichen Schuld hinweisen, das folgerecht auf das Maß der Strafbarkeit von Einfluß ist. Die Stufen aber, welche in dieser Steigerung der Macht des Bösen zu unterscheiden sind, bezeichnen wir als das actuelle, das gewohnheitsmäßige und das zuständlich gewordene Böse.

a. Das actuelle Verbrechen.

§. 109. Das geringste Maß der Macht des Bösen liegt vor, wenn sich das Verbrechen als eine vereinzelte Erscheinung in dem bisher im Wesentlichen durch die Anforderungen des Rechtes und der Sitte bestimmten Leben des Thäters darstellt. Darum wird es nicht bloß zum Zwecke der Beweisführung, sondern auch um zu beurtheilen, in wie weit im Willen des Thäters das Verbrechen durch die steigende Macht, die er dem Bösen über sich einräumte, vorbereitet war, von Interesse sein das bisherige Leben desselben zu erforschen. Je weniger das Verbrechen durch dasselbe vorbereitet erscheint, je unerwarteter und unerklärlicher es eintrat, um so mehr erweist sich das Böse im Willen des

Thäters als ein nur actuelles, und um so geringer ist in dieser Beziehung seine Schuld. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, daß wenn das positive, insbesondere auch das preußische, Strafrecht eine erhöhte Strafbarkeit ausdrücklich für den Fall einer sich kundgebenden gesteigerten Macht des Bösen anordnet, dann auch die einzelnen Strafbestimmungen als solche betrachtet werden müssen, welche das Verbrechen als ein nur actuelles zu ihrer Voraussetzung haben. Darum wird der Umstand, daß das Verbrechen sich als eine im Leben des Thäters vereinzelt stehende Erscheinung darstellt, in der Regel kein Anlaß sein können, um unter das, durch die übrigen in Betracht kommenden Momente bestimmte, Strafmaß herabzugehen. Wohl aber wird auch bei einem solchen Verbrechen eine erhöhte Strafbarkeit anzunehmen sein, wenn vermöge der lange Zeit hindurch fortgesetzten verbrecherischen Thätigkeit und der Beharrlichkeit in der Ueberwindung aller sich entgegenstellenden Hemmnisse eine besondere Stärke und Festigkeit des bösen Willens sich kundgiebt.

Anmerk. Die gemeinrechtlichen Quellen haben, wie weiterhin zu zeigen sein wird, nie daran gezweifelt, daß der im Verbrechen sich kund gebenden größern oder geringern Macht des bösen Willens ein Einfluß auf die Strafbarkeit zu gestatten sei. Ihnen ist in dieser Beziehung die neuere, so auch die preußische Strafgesetzgebung gefolgt. Wenn aber die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen sich stets darauf beschränkt haben, eine über das normale Maß erhöhte Strafe da festzusetzen, wo, wie z. B. beim Rückfall, eine besonders hohe Intensität des bösen Willens anzunehmen ist, so folgt hieraus von selbst, daß der Mangel derselben nicht etwa nothwendig eine Ermäßigung der in allen anderen Beziehungen sich rechtfertigenden Strafe bewirken müsse; mit anderen Woten: sofern das Strafgesetz nicht ausdrücklich von anderen Voraussetzungen ausgeht, ist anzunehmen, daß es bei seiner Strafbestimmung eben nur eine actuelle Schuld des Verbrechers vorausgesetzt hat. Dennoch ist hierdurch eine Berücksichtigung des größern oder geringern Grades der Böswilligkeit und Schuld nicht völlig ausgeschlossen. Aus welchen Gründen der formellen Zurechnung bei dem im Affect begangenen Verbrechen ein geringerer Schuldgrad als bei dem mit Vorbedacht begangenen anzunehmen sei, ist oben erörtert, unbedenklich kommt aber hier noch der weitere Grund hinzu, daß bei dem Handeln im Affecte in der Regel nur ein sehr geringer Grad

der Macht des Bösen anzunehmen sein wird. Hiervon abgesehen ist es von jeher ein durch die gemeinrechtlichen Quellen [1]) unterstützter Grundsatz der Doctrin gewesen, daß dem früheren guten Lebenswandel des Thäters ein Einfluß bei der Strafzumessung zu gestatten sei [2]), ein Grundsatz der insofern gerechtfertigt erscheint, als aus dem früheren Lebenswandel auf eine nur actuelle Schuld des Verbrechers, auf einen besonders geringen Grad der Böswilligkeit geschlossen werden darf. Unzulässig ist es, wie angegeben, den guten Lebenswandel unbedingt und allgemein als einen s. g. Milderungsgrund zu betrachten. Andrerseits kann aber auch bei dem einzelnen im Leben des Thäters isolirt stehenden Verbrechen sich ein höherer Grad der Böswilligkeit dadurch kundgeben, daß der Verbrecher mit einem bedeutenderen Aufwande von Willenskraft die sich der That entgegenstellenden Hemmnisse beseitigte, oder die Festigkeit seines bösen Willens in der Beharrlichkeit einer länger andauernden verbrecherischen Thätigkeit an den Tag legte, und ebensowohl die Doctrin [3]) wie die neuere Gesetzgebung [4]) haben die Bedeutsamkeit dieses Momentes der Strafzumessung anerkannt.

b. Das gewohnheitsmäßige Verbrechen.

§. 110. **Eine bedeutend gesteigerte Macht des Bösen und eine gleichmäßig gesteigerte Schuld ist die Voraussetzung, wenn das Böse zur Gewohnheit geworden ist. Ist es aber nicht das gewohnheitsmäßige Böse, das Laster an sich, sondern nur die verbrecherische Gewohnheit, welche eine strafrechtliche Bedeutung hat, so ist das nächste Erforderniß, daß sich die Gewohnheit in einer Mehrheit von demselbigen Thäter begangenen Verbrechen**

---

1) L. 2. §. 12. L. 5. pr. D. de re milit. 49, 16. C. C. C. art. 148. Vgl. Kress u. Böhmer ad art. 148.

2) Tiraquell De poen. temp. c. 51. Carpzow Pract. qu. 150. n. 4 sq. Stryck De vita ante acta. Francoft. 1713. Meisters Rechtl. Erkenntn. II. dec. 69. n. 11. Quistorp I. 116. Tittmann I. §. 127.

3) Hierher gehört der Grundsatz der höheren Strafbarkeit des fortgesetzten Verbrechens, obwohl es sich hier zunächst nur um die längere Zeit fortdauernde Thätigkeit handelt, gleichviel ob daraus ein fortgesetztes Verbrechen im technischen Sinne hervorgeht oder nicht; Feuerbach §. 128. und dazu Mittermaier §. 128 a. Abegg S. 244, ferner der Grundsatz der höheren Strafbarkeit einer besondern Beflissenheit und Verwegenheit oder auch Grausamkeit bei Begehung des Verbrechens. Abegg S. 229. Köstlin Syst. S. 607—608.

4) Z. B. Bayer. GB. 92, 2. Würtemb. 109, 2. Hannöv. 93, 2. Braunschweig. §. 64, 2.

kundgegeben habe. Nur im concreten Falle wird es sich beurtheilen lassen, ob eine solche Gewohnheit anzunehmen sei, und jedenfalls wird nicht eine jede Mehrheit von Verbrechen unbedingt auf eine Gewohnheit schließen lassen. Wo aber wirklich eine Gewohnheit anzunehmen, und das einzelne zu beurtheilende Verbrechen als ein Ausfluß derselben zu betrachten ist, da wird ein erhöhtes Strafmaß darum gerechtfertigt erscheinen, weil sich in der Gewohnheit die gesteigerte Energie des bösen Willens kundgiebt. Obwohl die lasterhafte Gewohnheit hier wie überall in der Regel eine bestimmte, beschränkte Richtung nehmen und sich in der Begehung vieler gleichartiger Verbrechen äußern wird, und obwohl ferner aus der Erfolglosigkeit der früher erlittenen Strafen, die dem Verbrecher als Mittel der Besserung dienen sollten, auf die besondere Kraft und Festigkeit der Gewohnheit geschlossen werden kann, so ist doch die Annahme einer verbrecherischen Gewohnheit nicht nothwendig durch die Gleichartigkeit und die bereits erfolgte Bestrafung der früheren Verbrechen bedingt.

§. 111. Eine besondere Anerkennung hat die erhöhte Strafbarkeit des gewohnheitsmäßigen Verbrechens wie im gemeinen so im preußischen Strafrechte vermöge der Bestimmungen über die Bestrafung des Rückfalls gefunden [1]). Wenn die gesetzliche Voraussetzung derselben allerdings die Gleichartigkeit des zu bestrafenden und der früher begangenen Verbrechen ist, so liegt der Grund davon darin, daß, wie angegeben, die Gewohnheit in der Regel in solcher Weise sich äußern wird, und daß darum aus solcher Aeußerung mit um so größerer Sicherheit auf eine wirklich obwaltende Gewohnheit geschlossen werden kann. Im Anschlusse an die Ansichten der neuern Doctrin erfordert das preußische Strafrecht bei der Bestrafung des Rückfalls ferner, daß der Rückfällige wegen des früher begangenen Verbrechens oder Vergehens von einem preußischen Gerichtshofe rechtskräftig verurtheilt worden sei. Unter diesen Bedingungen ist es dem Ermessen des Richters überlassen, falls im Gesetze keine besonderen

---

1) Preuß. Strafgesetzb. §. 58—60. vgl. Einführ. G. Art. VI. XXVI.

Rückfallsstrafen bestimmt sind [2]), die Strafe über das gesetzliche Maß hinaus bis um die Hälfte des höchsten gesetzlichen Strafmaßes zu erhöhen. Hierbei ist es einerseits gestattet die Gefängnißstrafe über ihr allgemein bestimmtes Maximum von fünf Jahren hinaus zu erstrecken, während andrerseits auch beim Rückfalle die zeitige Freiheitsstrafe die gesetzlich bestimmte Dauer von zwanzig Jahren nicht überschreiten darf. Gleichgiltig für die Bestrafung des Rückfalles ist es, ob in dem früheren oder späteren, oder in beiden Fällen die That sich als Urheberschaft oder als irgend eine Form der Theilnahme, ob sie sich als Vollendung oder als Versuch eines Verbrechens oder Vergehens darstellt. Die erhöhte Strafe des Rückfalles wird aber ausgeschlossen, wenn seit dem Zeitpunkte, in welchem die Freiheitsstrafe oder Geldbuße des zuletzt begangenen früheren Verbrechens oder Vergehens abgebüßt oder erlassen worden ist, zehn Jahre verflossen sind.

Anmerk. 1. Die Auszeichnung des gewohnheitsmäßigen Verbrechens durch härtere Bestrafung ist ein schon dem ältesten germanischen Strafrechte bekannter Grundsatz. Freilich wird er hier niemals als ein allgemein giltiger behandelt, sondern findet seine practische Anwendung bei demjenigen Verbrechen, bei welchem der Natur der Sache nach eine verbrecherische Gewohnheit am häufigsten vorkommen wird, beim Diebstahle, welcher als erster, zweiter und dritter durch das steigende Strafmaß unterschieden wird [3]). Wenn diese Unterscheidung insbesondere im longobardischen Volksrechte sich vorfand [4]), wenn überdies auch die römischen Rechtsquellen die verbrecherische Gewohnheit auszeichneten [5]) und rücksichtlich des Diebstahls die fures, grassatores und famosi latrones unterschieden [6]), so ist es erklärlich, daß die italienischen Criminalisten nicht anstanden der erhöhten Strafe des Rückfalls beim Diebstahle eine gemeinrechtliche Bedeutung beizulegen [7]). Hierbei ist aber zu bemerken, daß die italienischen Cri-

---

2) §. 202. 203. 219. 233. 240. 267. 269.

3) Vgl. die Bestimmungen der nordischen Rechtsquellen bei Wilda S. 882.

4) Die Lombarda Comment. des Ariprand und Albertus (Anschütz) I. tit. XXV.

5) L. 3. in fin. C. de episc. audient. 1, 4.

6) L. 28. §. 10. 15. D. de poenis 48, 19.

7) A. de Gandino Rubr. de furibus. Jacobus de Bellovisu I. c. 10. A. Aretin. Gl. Etiam vestem coelestem. Carrer. de appel. in criminal. c. 18. J. Clarus §. furtum.

minalisten die härtere Bestrafung des Rückfalls durchaus nicht von der erfolgten Bestrafung der früheren Diebstähle abhängig machen, und selbst diejenigen, welche sich in der mehrfach erörterten Streitfrage: ob durch die früher erfolgte Bestrafung die Strafe des Rückfalls ausgeschlossen werde, für deren Verneinung entschieden, weil es sich nicht um eine abermalige Bestrafung bereits bestrafter Verbrechen, sondern nur um eine Strafschärfung bei dem noch nicht bestraften Verbrechen handele [8]), betrachten doch die frühere Bestrafung nie als nothwendige Voraussetzung der Rückfallsstrafe. Auch die Carolina [9]) hat, indem sie den zweiten und dritten Diebstahl durch erhöhte Strafe auszeichnet, die früher erfolgte Bestrafung jedenfalls nicht ausdrücklich als die Bedingung der erhöhten Strafe bezeichnet, vielmehr spricht die Bestimmung des Art. 161., daß nämlich bei dem zweiten Diebstahle die Strafe von der Summe des Werthes der in beiden Fällen gestohlenen Sachen abhängig gemacht werden soll, offenbar dafür, daß sie zwei concurrirende, noch nicht bestrafte Diebstähle im Auge hat. Dieser Ansicht folgte daher auch die deutsche Doctrin und Praxis, indem sie selbst bei dem dritten Diebstahle die Todesstrafe davon abhängig machte, daß die Summe des Werthes aller drei Diebstähle den Betrag von fünf Goldgulden erreiche. Deshalb tauchte auch hier von neuem die Frage auf, ob die erhöhte Strafe des zweiten und dritten Diebstahles nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden müsse, wenn die früheren Diebstähle bereits bestraft seien [10]), in welcher Beziehung man sich allerdings meistens für die Verneinung dieser Frage entschied. Nachdem aber im 18. Jahrhundert vereinzelte Stimmen sich dafür erhoben hatten für die Strafe des Rückfalls eine vorangegangene Bestrafung als Bedingung zu fordern [11]), und nachdem diese Ansicht in das preußische Landrecht übergegangen war [12]), erlangte sie durch Konopak, Grolman und Feuerbach [13]) allgemeine Verbrei-

---

8) Vgl. Angel. Aretinus l. c. und August. ibid. J. Clarus l. c. Daher wird auch Damhouders Ansicht c. 110. n. 28 sq., der sich durchweg auf die Italiener stützt, dahin aufzufassen sein, daß er die frühere Bestrafung nicht als Bedingung fordert, obwohl er a. a. O. des Falles einer früheren Bestrafung gedenkt.

9) Art. 160. 161. 162.

10) Carpzow Pract. qu. 78. Const. Saxon. IV. 32. Blumblacher, Ludovici ad art. 162. Leyser Spec. 435. n. 12. Böhmer ad Carpz. qu. 78. obs. 9. Engau Element. §. 123. Koch Inst. §. 200. Quistorp §. 355. 362. Tittmann §. 431. Martin §. 149.

11) Harprecht Tract. crim. ad §. 5. J. de oblig. quae ex delict. n. 56. Lauterbach Coll. pand. L. 47. T. 2. §. 56. Hommel Diss. de furto magno. Lips. 1747.

12) II. 20. §. 1159 flg.

13) Konopak im alt. A. V. VII. Grolman §. 197. Feuerbach §. 324.

tung, bis sie später Wächter auch quellenmäßig zu begründen versuchte [14]). Dieser Versuch ist aber offenbar mißlungen, denn das angerufene Zeugniß Damhouders, das nur in Rücksicht auf die unbeachtet gebliebenen Italiener zu verstehen ist, geht nur dahin, daß die frühere Bestrafung die erhöhte Strafe des wiederholten Diebstahls nicht ausschließt, nicht aber dahin, daß die letztere eine frühere Bestrafung voraussetze. Ebenso ist es nicht richtig, daß der Ausdruck „merer verleumbter Dieb" „fur famosus" allein den rückfälligen, bereits zweimal bestraften Dieb bezeichne, denn er ist eine Nachbildung des latro famosus des römischen Rechtes, das eine solche frühere Bestrafung nicht voraussetzt, und wird von den Italienern, aus denen die Carolina schöpfte, unbedenklich auch da gebraucht wo sie, ohne Rücksicht auf frühere Bestrafung, nur die Concurrenz dreier Diebstähle im Auge haben. Wenn die neuere Doctrin darin übereinstimmt eine erhöhte Strafbarkeit des wiederholten Verbrechens nur unter der Bedingung der frühern Bestrafung anzuerkennen, so hat dies seinen Grund zunächst in dem Einflusse der Präventionstheorie, welche allerdings folgerecht ihre Strafen steigern muß, so wie diese sich im concreten Falle als für ihren Zweck: von der Begehung des Verbrechens abzuhalten, unzureichend erwiesen haben. Hiergegen ist der schon von den Italienern ausgesprochene Grundsatz geltend zu machen, daß es ungerecht sei bei einem späteren Verbrechen die früher bestraften Verbrechen in solcher Weise nochmals zu bestrafen. In dieser Rücksicht hat man daher auch in neuerer Zeit die Rückfallsstrafen auf die größere Gefährlichkeit oder die Unverbesserlichkeit des Verbrechers, welche er durch seine That bekundet habe, gründen wollen [15]). Mag eine solche Begründung ungenügend erscheinen, so beruht sie doch schließlich auf der richtigen Anschauung, daß es sich um ein höheres Maß der sittlichen Schuld handelt, das in der im Rückfall sich kundgebenden verbrecherischen Gewohnheit liegt. Der Rückfall ist also nicht darum höher zu strafen, weil die gewöhnliche vom Gesetze für das betreffende Verbrechen gedrohte Strafe in den früheren Fällen sich dazu unzureichend erwiesen hat, um den Bestraften von der Begehung neuer Verbrechen abzuhalten, sondern weil der Rückfall eine gesteigerte Energie des bösen Willens zeigt, weil die verbrecherische Gewohnheit,

---

14) Lehrb. II. S. 312 flg. Vgl. Abegg im N. A. 1834 S. 415 flg. Lehrbuch §. 359.

15) Gesterding im N. A. V. S. 481. Hohbach ebendas. XI. S. 101. Scheurlen ebendas. XI. S. 648. Bauer Abhandl. II. S. 99 flg. Abegg a. a. O. Tittmann I. S. 231.

die erhöhte Macht, die der Verbrecher dem Bösen über sich einräumte, eine Schuld des Willens ist[16]).

Anmerk. 2. Ist die verbrecherische Gewohnheit Grund einer erhöhten Strafbarkeit, so folgt daraus einerseits, daß insofern sich eine solche Gewohnheit wirklich kundgiebt, die erhöhte Strafbarkeit gerechtfertigt ist, gleichviel ob die begangenen Verbrechen gleichartige sind oder nicht, und ob die früheren bereits bestraft sind oder nicht. Die bereits früher erfolgte Bestrafung könnte höchstens noch als ein Moment bei der Strafzumessung insofern in Betracht kommen, als selbst das in der Strafe dem Verbrecher dargebotene Mittel sich von dem verbrecherischen Hange zu befreien, der Macht seines bösen Willens gegenüber wirkungslos blieb. Andrerseits folgt, daß trotz der Begehung eines neuen, den früher bereits bestraften gleichartigen, Verbrechens, eine erhöhte Strafe nicht gerechtfertigt ist, wenn in Rücksicht auf die concreten Thatumstände eine verbrecherische Gewohnheit nicht angenommen werden kann. Gewährt die Begehung eines den früher bereits bestraften Verbrechen gleichartigen eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein einer verbrecherischen Gewohnheit, so ist es durchaus zu billigen, daß das positive Recht die Rückfallsstrafen an jene Bedingungen knüpft. Gleichwohl liegt das Mißliche darin, daß in solcher Weise die größere Wahrscheinlichkeit für eine in allen Fällen zutreffende Gewißheit genommen wird, während in anderen Fällen, in denen jene Voraussetzungen mangeln, eine wirklich vorhandene verbrecherische Gewohnheit, dennoch nicht mit der erhöhten Strafe belegt werden kann. Wenn daher die neuere und so auch die preußische Strafgesetzgebung an den gemeinrechtlichen Grundsätzen über den Rückfall festgehalten hat, so läßt es sich nicht leugnen, daß man dem Rückfall ein zu bedeutendes Gewicht beigelegt hat[17]), und daß man entweder die Rückfallsstrafen nicht hätte an Bedingungen knüpfen dürfen, die nicht in allen Fällen die richtigen sind, oder auf besondere Rückfallsstrafen ganz hätte verzichten und die Berücksichtigung der verbrecherischen Gewohnheit in allen Fällen dem richterlichen Ermessen, soweit ihm durch relativ bestimmte Strafen Raum gegeben ist, überlassen sollen. Diese Erwägungen sind auch den Redactoren des preußischen Strafgesetzbuches

---

16) Vgl. Henke I. 541 flg. Berner Theilnahme S. 139 flg. Wenn Köstlin Syst. S. 622—623 es als eine verwerfliche Unterschiebung des moralischen Gesichtspunktes bezeichnet, wenn man die Rückfallsstrafe auf die in der Steigerung des Bösen zum Laster liegende Schuld des Willens basirt, so ist nicht einzusehen, wie sich seine Auffassung, wonach die größere Energie des bösen Willens der Grund sein soll, von jener unterscheidet.

17) Vgl. Köstlin System S. 621. Temme Lehrb. S. 483.

durchaus nicht fremd geblieben, weshalb in den verschiedenen Entwürfen die Behandlung des Rückfalls mehrfach wechselte, bis man schließlich zu denjenigen Grundsätzen zurückkehrte, von denen schon der erste Entwurf ausgegangen war [18]). Hiernach wurde also im allgemeinen Theile die Zulässigkeit einer Strafschärfung ausgesprochen, welche bedingungsweise die Hälfte des höchsten gesetzlichen Strafmaßes erreichen kann, während für einzelne Verbrechen noch eine weiter erhöhte Bestrafung des Rückfalls festgestellt wurde. Die Voraussetzungen, an welche die Rückfallsstrafe gebunden ist, sind 1) Begehung desselben Verbrechens oder Vergehens, und wenn dieser Ausdruck unter ausdrücklicher Verwerfung des früher gebrauchten, nämlich: „gleichartiges Verbrechen" gewählt wurde, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß gleichnamige Verbrechen oder Vergehen gefordert werden. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob das gleichnamige Verbrechen oder Vergehen das einemal mit, das andremal ohne erschwerende Umstände begangen wird, ob vermöge solcher Umstände die gleichnamige strafbare Handlung das einemal sich als Verbrechen, das andremal als Vergehen darstellt [19]). Zu weit geht man aber, wenn man dasselbe Verbrechen oder Vergehen nur dann anerkennen will, wenn die verschiedenen strafbaren Handlungen nach denselben Paragraphen, oder doch nach verschiedenen Paragraphen desselben Titels des Strafgesetzbuches strafbar sind, wie wenn z. B. Beleidigung im Amte nach früher bestrafter einfacher Beleidigung nicht als Rückfall betrachtet werden soll [20]). In der Natur der Sache liegt es, daß die frühere Verurtheilung wegen eines fahrlässigen Verbrechens keine Rückfallsstrafe begründen kann, wenn später dieselbe That absichtlich begangen wird, da hier trotz des gleichen Namens ganz verschiedene Handlungen vorliegen, aus denen am wenigsten auf eine Gewohnheit geschlossen werden darf. Dagegen kann die mehrfache Begehung desselben fahrlässigen Verbrechens gewiß eine Rückfallsstrafe rechtfertigen [21]). Die Rückfallsstrafe setzt sodann 2) voraus, „daß der Schuldige wegen des früher begangenen Verbrechens oder Vergehens von einem preußischen Gerichtshofe rechtskräftig verurtheilt worden sei." Daß eine Verurtheilung durch einen ausländischen Gerichtshof unbeachtet bleiben soll, hat seinen Grund nicht etwa in dem abstract festgehaltenen Territorialitäts-Principe, nach welchem das im Auslande begangene Verbrechen im Inlande über-

---

18) Goltdammer Mat. I. S. 460 flg.
19) Vgl. die Entscheidungen bei Oppenhoff zu §. 58. N. 1—3.
20) Oppenhoff a. a. O. N. 3. 5.
21) Goltdammer a. a. O. S. 466. Oppenhoff a. a. O. N. 4.

haupt nicht als ein solches zu betrachten sei, sondern, wie die Revision von 1845 ergiebt[22]), nur in der Rücksicht, daß allein das im Inlande gefällte Urtheil genügend erscheine, um das früher begangene Verbrechen rechtlich festzustellen, ohne daß darüber eine erneuerte Untersuchung stattfinden müsse. Eigenthümlich und abweichend von der gemeinrechtlichen Doctrin ist aber die Bestimmung, daß nur die rechtskräftige Verurtheilung, nicht die vollzogene Bestrafung gefordert wird. Wie die Materialien ergeben entschied man sich, trotz der dagegen gemachten Einwendungen für diese Bestimmung darum, weil man der erfolgten Bestrafung den Fall der Begnadigung und einer durch die Flucht des Verurtheilten vereitelten Bestrafung ausdrücklich gleichstellen wollte[23]). Bei der Verhängung der Rückfallsstrafe bleibt aber besonders zu beachten, daß dieselbe in das Ermessen des Richters gestellt ist, und daß es also im concreten Falle stets darauf ankommen wird, ob der sie allein rechtfertigende Grund wirklich vorliegt. Die für die Rückfallsstrafe angeordnete besondere Verjährung rechtfertigt sich augenscheinlich durch die Rücksicht, daß wenn zwischen dem früheren und dem zuletzt begangenen Verbrechen eine bestimmte längere Zeit verflossen ist, beide Verbrechen nicht als durch eine verbrecherische Gewohnheit unter einander verbunden, sondern als isolirt stehende actuelle Verschuldungen zu betrachten seien[24]). Nur erscheint es dann nicht gerechtfertigt, daß die Verjährung an die Abbüßung der Strafe oder die erfolgte Begnadigung geknüpft ist, also dann nicht statthaben soll, falls der Verurtheilte sich der Bestrafung entzog, während nicht einzusehen ist, warum nicht auch im letzteren Falle jener die Verjährung rechtfertigende Grund zutreffen und Beachtung verdienen sollte.

c. Das zuständlich gewordene (gewerbsmäßige) Verbrechen.

§. 112. Ihr höchstes Maß erreicht die Macht des Bösen im Willen des Menschen, wenn sich das Böse zu einer in sich

---

22) Goltdammer a. a. O. S. 465.
23) Goltdammer a. a. O. S. 464.
24) Die gegen die Verjährung im Staatsrathe, vgl. Goltdammer Mat. I. S. 471, so wie von Temme Lehrb. S. 486 geltend gemachten Gründe, können darum als zutreffend nicht erachtet werden, da sie vielmehr hier gerade nothwendig gefordert erscheint, wenn die verbrecherische Gewohnheit Grund der Rückfallsstrafe sein soll. Ebensowenig wird es zu billigen sein, wenn Beseler Komment. S. 215 die Verjährung dadurch rechtfertigen will, daß durch den Zeitablauf die Wirksamkeit der durch die frühere Bestrafung geübten Abschreckung erloschen sei.

befestigten Zuständlichkeit des Willens gesteigert hat. Hier geschieht die böse That nicht mehr nur, indem das Böse momentan die sittliche Selbstbestimmung besiegt, oder indem es sich im Rückfalle als eine die Befähigung zum pflichtmäßigen Handeln fortdauernd gefährdende Macht darstellt, sondern weil das Böse durch die Schuld des Menschen zur bleibenden, festen Norm seines Willens geworden ist, weil die böse That aus einem allgemeinen Entschlusse zum Bösen erwächst, der sich, so weit nicht äußere Hemmnisse entgegen stehen, in jedem Momente zu dem einzelnen Entschlusse eine bestimmte böse That zu vollbringen individualisirt. Dieser zuständlich gewordene böse Wille wird sich rücksichtlich der Begehung des Verbrechens besonders dadurch kundgeben, daß der Thäter das Verbrechen, und zwar in der Regel ein bestimmtes oder eine bestimmte Art von Verbrechen, zu seiner berufs- und gewerbsmäßigen Thätigkeit gemacht hat. Darum begründet diese Art der Begehung des Verbrechens, gleichviel ob nur ein einzelnes oder ob mehrere noch nicht gestrafte, concurrirende Verbrechen vorliegen, das höchste Maß der Schuld und Strafbarkeit, so weit dies durch die im Willen des Thäters liegende Macht des Bösen bedingt wird.

Das preußische Strafrecht hat die geschäfts- und gewerbsmäßige Begehung des Verbrechens mehrfach berücksichtigt, entweder indem sie ein wesentliches Moment im Thatbestande eines bestimmten Verbrechens bildet [1]), oder indem sie, unabhängig vom Thatbestande des Verbrechens, die Voraussetzung einer erhöhten Strafbarkeit ist [2]). Das Letztere ist insbesondere der Fall, wenn das Verbrechen von mehreren Personen, welche sich als **Bande** zur fortgesetzten Verübung bestimmter Verbrechen vereinigt haben, begangen wurde. Die Bande bildet daher nicht eine besondere Form der Theilnahme am Verbrechen, sondern steht in dieser Beziehung dem Complotte völlig gleich, und ist lediglich als solches zu beurtheilen. Es unterscheidet sich aber von anderen Fällen

---

1) Strafgesetzb. §. 114. 117. 118. 146. 147. 239. 240 (Gesetz v. 9. März 1853) 264. 266.

2) Strafgesetzb. §. 218. No. 7. und §. 232. No. 2. (Gesetz v. 14. April 1856) §. 276.

des Complottes dadurch, daß die Schuld und Strafbarkeit vermöge der zur Lasterhaftigkeit gesteigerten Macht des Bösen, welche sich in der Vereinigung zur Bande kundgiebt, erhöht erscheint.

Anmerk. 1. Der bedeutsamste hier in Betracht kommende Fall, in welchem sich die Lasterhaftigkeit, der zur fest begründeten Zuständlichkeit gesteigerte verbrecherische Hang in der entschiedensten Weise kundgiebt, ist allerdings die Bande, die Vereinigung Mehrerer in dem allgemeinen Entschlusse zu einer sich fortdauernd wiederholenden verbrecherischen Thätigkeit, deren einzelne Aeußerungen noch nicht im Voraus bestimmt sind. Ist nun zwar die Bande ein strafrechtlicher Begriff, dem erst die neuere Doctrin eine nähere Aufmerksamkeit zugewendet hat, so hat doch auch schon in früherer Zeit die gewerbsmäßige Begehung von Verbrechen und deren erhöhte Strafbarkeit Beachtung gefunden. Es ist dies namentlich der Fall bei dem in der ältern Doctrin immer besonders hervorgehobenen Assassinium, dem Lohn- oder Banditenmorde [3]). Den Anlaß dazu bot die besondere Bestimmung des canonischen Rechtes über das Assassinium [4]), und sowohl bei den italienischen Criminalisten, wie in der deutschen gemeinrechtlichen Doctrin wurde der Banditenmord stets als ein mit verschärfter Strafe zu belegender Mord betrachtet [5]), wobei der Umstand, daß der Thäter, ohne jedes andere Interesse, sich gegen Lohn für das Verbrechen dingen läßt, und also die Begehung desselben als ein Gewerbe oder Geschäft betrachtet, als der Grund der erhöhten Strafbarkeit angesehen wurde. Was dagegen die Bande betrifft, so war dieselbe in der Doctrin bis zu Ende des 18. Jahrhunderts ganz unbeachtet geblieben, obwohl die Landesgesetzgebung in einzelnen Strafbestimmungen besonders der Diebs- und Räuberbanden gedacht hatte [6]). Namentlich hatte die preußische Strafgesetzgebung bei der Bande ganz richtig das entscheidende Moment, die gewerbsmäßige Bege-

---

3) Das italienische Wort Bandit, d. h. ein Gebannter, also der verfestete, geächtete Verbrecher, bei welchem man die Bereitwilligkeit zur fortdauernden Begehung neuer Verbrechen voraussetzen kann, hat natürlich mit dem deutschen Worte Bande, Vereinigung, nichts gemein.

4) C. 1. §. 1. de homicid. V. 4. in VIto.

5) Angel. Aret. Gl. Et Sempronium. n. 3. Jul. Clarus §. homicid. Carrerius Tract. de homicid. §. circa igitur tertium. Damhouder Pract. c. 83. Carpzow Pract. qu. 19. Böhmer ad Carpz. qu. 19. obs. 3. Quistorp I. §. 257. Grolman §. 270. Tittmann I. §. 163. Erst die neuste Zeit hat den Lohnmord und andere qualifizirte Morde, als Unterscheidungen, die kein besonderes Interesse darbieten, beseitigt. Vgl. Heffter §. 236.

6) Const. Saxonic. IV. 39. Chursächs. Mandate von 1719 und 1735 bei Stübel Thatbestand §. 66. Codex Maximil. I. c. 2. §. 20.

hung des Verbrechens, hervorgehoben [7]). Erst Feuerbach war es, welcher bei seiner Entwickelung der Lehre von der Theilnahme die Bande als eine besondere Form derselben hervorhob [8]), und ihm folgend haben die meisten neueren Gesetzbücher der Bande in besonderen, das Wesen derselben nicht immer treffenden, Bestimmungen gedacht. Das Verdienst Berners [9]) ist es, den Begriff der Bande zuerst wissenschaftlich tiefer und richtiger erfaßt zu haben. Ist es nämlich an sich zwar ganz richtig, wenn man, wie meistens geschehen ist [10]), die Bande als eine Vereinigung bezeichnet, die zum Zwecke der Begehung im Einzelnen noch nicht bestimmter und beschlossener Verbrechen eingegangen wurde, so bleibt hierbei noch ganz unerklärt, welches besondere strafrechtliche Interesse das so bestimmte Wesen der Bande darbietet. Betrachtet man die Bande als eine besondere Form der Theilnahme am Verbrechen, so liegt die Versuchung nahe, welcher man meist verfallen ist [11]), für die Bande, trotz ihrer nahen Verwandtschaft mit dem Complotte, eigenthümliche Grundsätze der formellen Zurechnung aufzustellen. Insbesondere sind es zwei Consequenzen, welche man aus der angegebenen Begriffsbestimmung der Bande abgeleitet hat, einmal die, daß die Vereinigung zur Bande, trotz des noch mangelnden Entschlusses ein im Einzelnen bestimmtes Verbrechen zu begehen, als Versuch zu bestrafen sei, und sodann, daß wenn ein der allgemeinen Verabredung entsprechendes einzelnes Verbrechen begangen wurde, dafür auch die bei diesem Verbrechen völlig unbetheiligten Genossen der Bande, in einem näher zu bestimmenden Grade verantwortlich seien. Beide Grundsätze sind aber durchaus verwerflich. So lange nämlich die Bande nur erst in einer Vereinigung besteht, aus welcher, je nach der sich darbietenden Gelegenheit, eine Reihe noch unbestimmter Verbrechen hervorgehen soll, so lange ist auch das die Genossen verbindende Medium nur die erklärte Neigung zur gemeinschaftlichen Begehung von Verbrechen. Es fehlt darum der Entschluß zu einem bestimmten Verbrechen noch durchaus, und darum kann auch die Vereinigung zur Bande nicht als der Anfang der Bethätigung und Ausführung eines noch nicht existirenden Entschlusses betrachtet werden. Weil also das einzelne zu begehende Verbrechen nach

---

7) A. L. R. II. 20. §. 1209—1217. Circular-Verordn. vom 26. Febr. 1799. §. 26.

8) Lehrb. §. 47.

9) Theilnahme S. 482 flg.

10) Abegg Lehrb. §. 74. Lucumus im N. A. XIV. n. 1. Heffter §. 87. Marezoll S. 198 n. 1.

11) Bauer Anm. I. 496 flg. Lucumus a. a. O. S. 21 flg. Köstlin System §. 110.

dem Maße seiner Schuld und Strafbarkeit noch gar nicht zu erkennen ist, und dies selbst dann nicht, wenn die Verabredung auf eine bestimmte Art von Verbrechen, z. B. Diebstähle, gerichtet sein sollte, so fehlt es überdies auch an jedem haltbaren Maßstabe für die Bestimmung einer Versuchsstrafe [12]. So wenig demnach der Einzelne für den erklärten Willen ein Verbrechen in Zukunft zu begehen criminell verantwortlich gemacht werden kann, eben so wenig kann dies bei den Genossen einer Bande geschehen, so lange sie mehr nicht gethan haben als in ihrer Vereinigung diesen Willen zu erklären. In beiden Fällen können höchstens polizeiliche Sicherungsmaßregeln eintreten [13]. So wie aber in Folge der Vereinigung zur Bande ein einzelnes zu begehendes Verbrechen verabredet wird, so gestaltet sich die Bande in Betreff desselben zum Complotte, und ist nun, auch rücksichtlich der Frage, in wie weit diese Verabredung als Versuch strafbar sei, lediglich nach den entwickelten Grundsätzen über das Complott zu beurtheilen. Ist also die Vereinigung zur Bande nicht schon an sich selbst als verbrecherischer Versuch strafbar, so folgt daraus weiter, daß diejenigen Genossen der Bande, welche in Betreff eines bestimmten von der Bande begangenen Verbrechens als völlig unbetheiligt erscheinen, auch keine Art von Verantwortlichkeit zu tragen haben [14]. Es ist freilich ganz richtig, daß der einzelne verbrecherische Act ein Ausfluß des vorangegangenen allgemeinen und gemeinsamen Entschlusses der Genossen ist sich zur verbrecherischen Bande zu vereinigen, aber doch nur in dem gleichen Maße, wie etwa der von dem einzelnen Individuum beschlossene und ausgeführte Diebstahl als der Ausfluß einer vorangegangenen allgemeinen Willensbestimmung, sich durch Diebstahl zu bereichern, erscheint. Es steht mit anderen Worten die Vereinigung zur Bande der von einem Individuum ausgesprochenen Erklärung ein Verbrechen begehen zu wollen, welche nach dem Grundsatze cogitationis poenam nemo patitur ein criminelles Unrecht nicht enthält, durchaus gleich, so daß die Genossen einer Bande nicht als

---

12) Daher bei Bauer, Cucumus, Köstlin a. a. O. die wunderlichen, durchaus unhaltbaren und das Wesen des Versuches ganz verkennenden Bestimmungen über das Maß der anzuwendenden Versuchsstrafen.

13) So ganz richtig Berner a. a. O. S. 495—497. Es wird dagegen freilich nichts einzuwenden sein, wenn die bloße Vereinigung zur Bande mit Strafe bedroht wird, aber es wird dann die Strafe ihrem Wesen nach immer nur eine polizeiliche sein.

14) Den Vertheidigern der entgegengesetzten Ansicht und den Gesetzbüchern, welche, wie das bayer. Art. 55. 56., das hannöv. Art. 64. 65., ihnen gefolgt sind, hat es daher auch nicht gelingen können, für eine solche Verantwortlichkeit den entsprechenden Maßstab zu finden.

solche, sondern immer erst dann strafbar sind, wenn und insoweit sie in Betreff eines bestimmten begangenen Verbrechens als wirksame Theilnehmer eines Complottes erscheinen. Es bleibt daher rücksichtlich der Bande nur das Eine übrig, daß nämlich die Genossen derselben, insoweit sie überhaupt als Complottanten strafbar sind, in Folge der gewerbsmäßigen Begehung des Verbrechens, eine erhöhte Schuld und Strafbarkeit trifft [15]). Schließlich bleibt zu bemerken, daß wenn allerdings, wie man darauf hingewiesen hat [16]), die Bande in der Regel wie das gewohnheitsmäßige Verbrechen sich auf gleichartige verbrecherische Handlungen beziehen wird, dieser Umstand doch für das Wesen derselben völlig gleichgiltig ist, und daß es darum durchaus verwerflich erscheint, wenn die Gesetzgebung die Bande auf die Verabredung zur Begehung gleichartiger Verbrechen beschränkt hat [17]).

Anmerk. 2. Das preußische Strafgesetzbuch hat in seinem allgemeinem Theile eben so wenig der Bande wie des Complottes gedacht, und es wird daher das durch eine Bande begangene Verbrechen zunächst als ein von Complottanten begangenes nach den oben [18]) entwickelten Grundsätzen zu beurtheilen sein. Dagegen wird der Bande, ohne daß das Wort selbst erwähnt ist, bei dem Diebstahle und Raube gedacht [19]), indem sie als eine Verbindung zur fortgesetzten Verübung von Raub und Diebstahl bezeichnet wird. Diese Bezeichnung ist insofern nicht zu billigen, als unter der fortgesetzten Verübung das von der Bande durchaus verschiedene fortgesetzte Verbrechen im technischen Sinne des Wortes verstanden werden könnte [20]). Wenn aber der in Banden begangene Raub oder Diebstahl durch erhöhte Strafe ausgezeichnet wird, so kann es um so weniger einem Zweifel unterliegen, daß auch bei jedem andern durch eine Bande begangenen Verbrechen die höhere Strafbarkeit insoweit zu berücksichtigen ist, als die relativ bestimmte Strafe hierzu die Möglichkeit gewährt. Liegt der Grund der erhöhten Strafbarkeit lediglich in der durch die Vereinigung zur Bande sich kundgebenden gewerbsmäßigen Begehung des Verbrechens, so folgt daraus, daß derjenige, welcher der Bande nicht angehört und nicht ange-

---

15) Dies ist der von Berner a. a. O. ganz richtig durchgeführte Grundsatz.

16) Schirach im N. A. I. Cucumus a. a. O. Vgl. Berner a. a. O. S. 494 flg.

17) So das bayer., hannöv. und hess. Strafgesetzbuch.

18) §. 95. 96.

19) §. 218. N. 7 (Gesetz vom 9. März 1853). §. 232. N. 2 (Gesetz vom 14. April 1856).

20) Temme Lehrb. §. 72. 230.

hören will, wohl aber bei Ausführung eines einzelnen Verbrechens, mit dem Bewußtsein, daß andere Theilnehmer bandenmäßig verbunden sind, mitwirkt, von der erhöhten Strafbarkeit nicht getroffen werden kann, da seine Schuld sich nur als eine actuelle darstellt. Nur indem man sich lediglich an den Wortlaut der §§. 218. und 232, hält, ohne sich den innern Grund der erhöhten Strafen zu vergegenwärtigen, wird man das Gegentheil behaupten können [21]).

Die vielen anderen Fälle, in denen das preußische Strafgesetzbuch der geschäfts- und gewerbsmäßigen Begehung strafbarer Handlungen gedenkt, gehören insofern hierher, als auch in diesen Fällen die erhöhte Schuld durch jene Begehungsweise bedingt wird, jedoch mit dem Unterschiede, daß sich hier eine nur sittliche Schuld erst durch die gewerbsmäßige Begehung der Handlung zu einer criminellen Schuld steigert, weil erst vermöge dieser Begehungsweise die betreffende Handlung als eine rechtsverletzend in das sociale Leben eingreifende betrachtet wird. Das Nähere gehört dem besondern Theile an.

---

21) Dies thut der Komm.-Bericht der I. Kammer S. 33, ebenso Goltdammer Mat. II. S. 486. Temme Lehrb. S. 935. Oppenhoff zu §. 218. N. 7. Die Bezugnahme auf §. 44. gehört nicht hierher, da hier die Strafbarkeit von einer besondern Eigenschaft in der Person des Thäters, nämlich Mitglied einer Bande zu sein, abhängt, die aber nicht vorhanden ist.

Drittes Kapitel.

Der allgemeine Thatbestand des Verbrechens.

§. 113. Als den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens bezeichnen wir den Inbegriff der Momente, welche durch das allgemeine Wesen des Verbrechens nothwendig gefordert werden. So wenig wie das Recht tritt jemals das Unrecht und Verbrechen in seiner abstracten Allgemeinheit in die Erscheinung, vielmehr immer nur in der besondern Form einer bestimmten Art des Verbrechens, die durch das Recht, welches Object des widerrechtlichen Angriffes war, bedingt wird. Aus denjenigen Momenten, welche durch das besondere Wesen einer bestimmten Verbrechensart als die nothwendigen gefordert werden, ergiebt sich der besondere Thatbestand des Verbrechens, dessen Entwickelung dem besondern Theile der Strafrechtswissenschaft angehört. Wenn aber das besondere Verbrechen stets das allgemeine Wesen des Verbrechens zu seiner Voraussetzung hat, so ergiebt sich, daß auch im besondern Thatbestande immer nur die Momente des allgemeinen Thatbestandes des Verbrechens es sind, welche in besonderer Erscheinungsform sich darstellen, so wie auch ferner, daß die Momente des allgemeinen wie des besondern Thatbestandes als die wesentlichen zu bezeichnen sind. Endlich ist aber das wirkliche Verbrechen nothwendig eine einzelne That, welche ihren individuell bestimmten, durch das richterliche Urtheil festzustellenden, Thatbestand hat, und so wesentlich für das Strafurtheil jedes die Individualität des einzelnen Verbrechens bestimmende Moment ist, so sind doch für die Wissenschaft und in Rücksicht auf den allgemeinen und besondern Thatbestand des Verbrechens diese die Individualität des Falles bedingenden Momente als die unwesentlichen zu bezeichnen.

Anmerk. Der Ausdruck Thatbestand, corpus delicti, ist in der Strafrechtswissenschaft in sehr verschiedener Bedeutung aufgefaßt worden.

Im Anschlusse an L. 1. §. 24. D. de Sct. Silan. 29, 5. hatten schon die italienischen Criminalisten gefordert, daß bei einem delictum facti permanentis die poena ordinaria nur verhängt werden könne, wofern die bleibende natürliche Wirkung des Verbrechens als feststehend und erwiesen zu betrachten sei [1]). Wie gewöhnlich war auch hier das Verbrechen der Tödtung das Beispiel, an welchem der allgemeine Grundsatz entwickelt wird, wonach also gefordert wurde, daß der Richter sich vorher von dem corpus des Getödteten durch den Augenschein unterrichten müsse. Der Ausdruck corpus delicti findet sich dagegen bei den Italienern nicht, sondern scheint erst von den sächsischen Criminalisten gebildet zu sein [2]), bei denen er aber auch bereits eine allgemeinere Bedeutung hat, indem darunter das Object überhaupt verstanden wird, an welchem sich die Wirkung des Verbrechens zeigt. Aber schon Carpzow [3]) nahm in Rücksicht auf Art. 6. der Carolina den Ausdruck corpus delicti in einem andern und weitern Sinne, indem er fordert, daß durch die General-Inquisition zuvor das corpus delicti, d. h. also die Thatsache, daß überhaupt ein Verbrechen geschehen sei, feststehen müsse, ehe sich die Special-Inquisition gegen eine bestimmte Person richten könne. Die Folge davon war, daß die spätere Doctrin, nicht weniger schwankend in dem Gebrauche dieses Ausdruckes, bald dieses bald jenes Moment des Thatbestandes, Gegenstand, Werkzeug, die sinnlichen Spuren des Verbrechens, wohl auch den Thäter selbst, hervorhoben und als corpus delicti, Thatbestand, bezeichneten [4]). Im 18. Jahrhundert begann man allmälig den Thatbestand in allgemeinerer Weise zu fassen, indem man das corpus delicti gewöhnlich als veritas sive existentia delicti definirte [5]), obwohl man sich noch sehr unklar darüber war, was im Einzelnen zur Wahrheit oder zum Dasein des Verbrechens zu rechnen sei. Im Wesentlichen richtig wurde der Thatbestand von Klein und Kleinschrod aufgefaßt [6]), besonders in der Beziehung, daß sie den bisher als feststehend betrachteten Grundsatz: es sei der Thatbestand stets ohne Rücksicht auf das handelnde Subject festzustellen, anfochten und darauf

---

1) A. Aret. Gl. quod fama publ. n. 108. J. Clarus §. fin. qu. 4. P. Farinacius Qu. 38. n. 2.

2) Carpzow Pract. qu. 16.

3) Quaest. 108.

4) Hahn De corp. delict. Helmst. 1662. Neufville De corp. delict. Marb. 1732. Justi Histor. u. jurist. Schriften. I. S. 355. Kress Comment. in C. C. C. ad art. VI. Böhmer Medit. ad art. VI.

5) Püttmann Elem. §. 766. Koch Inst. §. 717. Meister Princip. i. c. §. 95. Biener Delibata quaed. de corp. del.

6) Klein Grundſ. §. 68. Kleinschrod im A. II. S. 38 flg.

hinwiesen, daß eine Thatsache sich als eine verbrecherische nur insofern darstellen könne, als sie zugleich als freie zuzurechnende Handlung eines Menschen erscheine. Stübel erblickte aber in dieser Auffassung eine zu bedeutsame Abweichung vom Gesetze und Sprachgebrauche [7]), und seine Autorität in Verbindung mit der Feuerbachs [8]) war es, welche es bewirkte, daß der Thatbestand wieder enger gefaßt wurde, indem man Zurechnung und Thatbestand sich entgegenstellte, und von letzterem Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit oder auch wohl die Strafbarkeit ausschloß [9]). Dagegen hat sich in neuerer Zeit der oben angegebene Begriff des Thatbestandes und seine Unterscheidung als allgemeiner und besonderer so festgestellt [10]), daß eine nähere Erörterung desselben und eine Widerlegung entgegenstehender Ansichten nicht erforderlich ist.

§. 114. Nach den oben entwickelten Grundsätzen gehört also zum allgemeinen Thatbestande des Verbrechens in formeller Beziehung eine zurechenbare Handlung eines zurechnungsfähigen Menschen, in materieller Beziehung, daß diese Handlung sich als ein Bruch des Rechtes als solchen, und damit zugleich als eine sittliche Schuld darstelle.

Anmerk. Wenn hier vom Thatbestande des Verbrechens die Rede ist, so versteht es sich rücksichtlich des preußischen Strafrechtes von selbst, daß der Ausdruck „Verbrechen" als die allgemeine Bezeichnung für das criminelle Unrecht genommen wird, und also auch das Vergehen im Sinne des preußischen Strafrechtes mit umfaßt. Es kann natürlich von der Strafgesetzgebung nicht erwartet werden, daß sie den doctrinären Begriff des Thatbestandes irgendwie in legaler Form feststelle, vielmehr könnte es sich nur fragen, ob sie in der Feststellung der allgemeinen strafrechtlichen Normen und in der strafrechtlichen Behandlung der besonderen Verbrechen eine richtige Erkenntniß des Wesens und allgemeinen Thatbestandes des Verbrechens zu erkennen giebt. In Betreff der Frage, wie sich im gemeinen deutschen und insbesondere auch im preußischen Strafrechte das begriffliche Wesen des Verbrechens geschichtlich allmälig entwickelt habe, kann auf den

---

7) Thatbestand §. 2.

8) Lehrb. §. 81.

9) Roßhirt Entwick. S. 282 flg. Luden Abh. II. Handb. I. S. 225 flg. Bauer Abh. I. S. 228.

10) Abegg §. 69. Heffter §. 58. Marezoll S. 62. Köstlin N. Revis. §. 7. System §. 111.

ersten Band dieses Werkes verwiesen werden. Daß aber das preußische Strafgesetzbuch den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens in allen wesentlichen Momenten richtig und der modernen Anschauung des Rechts- und Staatslebens entsprechend aufgefaßt hat, wird Niemand leugnen wollen. Am wenigsten wird sich dagegen der Umstand anführen lassen, daß es allerdings in ausgedehnterem Maße als die frühere Strafgesetzgebung die strafrechtliche Verfolgung bestimmter Verbrechen und Vergehen von dem Antrage des Verletzten oder seines rechtlichen Vertreters abhängig gemacht hat [1]), ein Umstand, der sich aus anderweitigen Gründen der Gesetzgebungspolitik erklärt, und nicht als eine Verkennung des begrifflichen Wesens des Verbrechens gedeutet werden darf.

1) Einführ. G. Art. XVII. Strafgesetzb. §. 50—54. 79. 80. 81. 103. 149. 160—162. 189. 198. 209. 229. 271. 343.

Dritter Abschnitt.

Die Strafe.

---

§. 115. Durch das Wesen des Verbrechens ist die Tilgung desselben als seine nothwendige Folge gesetzt. Sie erfolgt durch die vom Staate am Verbrecher vollzogene Strafe, welcher in der rechtlichen Wirkung der Tod des Schuldigen, die Verjährung und die Begnadigung gleichstehen. Die Vollziehung der Strafe hat aber zu ihrer Voraussetzung den richterlichen Urtheilsspruch, welcher einerseits das Strafgesetz zur Norm hat, andrerseits innerhalb der gesetzlichen Schranken ein freies den Fall in seiner individuellen Eigenthümlichkeit erfassendes Ermessen erfordert.

I. Die Strafe an sich.

1. Der Begriff der Strafe.

§. 116. Es hat sich das Verbrechen als eine in allen Beziehungen sich selbst widersprechende Handlung dargestellt. Als einer in die Sphäre des Rechtslebens eingreifenden Handlung gebührt dem Verbrechen, wie einer jeden derartigen Handlung, daß ihr die durch ihr Wesen gesetzten rechtlichen Folgen zuerkannt, daß sie in der ihr zukommenden rechtlichen Bedeutung anerkannt werde. Die nothwendige Folge des Widerspruches ist aber seine Lösung, die rechtliche Bedeutung des Verbrechens ist seine rechtliche Bedeutungslosigkeit, die dadurch anerkannt wird, daß die scheinbare Existenz des in sich Nichtigen vernichtet wird. Diese Lösung des Widerspruches, diese Tilgung des Nichtigen ist es,

die wir als Strafe bezeichnen. Das Verbrechen ist eine sich selbst widersprechende Handlung darum, weil sie Verbrechen gerade nur durch den Zweck ist, auf welchen sie der Handelnde als Mittel bezieht, während doch andrerseits dieser dem Verbrechen eigenthümliche Zweck ein stets unerreichbarer bleibt. Nicht in der Thatsache, welche der Verbrecher als den Erfolg seines Handelns beabsichtigte, daß nämlich irgend ein rechtliches Gut beschädigt worden ist, hat das Verbrechen seine Existenz; vielmehr würde es ein wirklich existirendes erst sein, wenn diese Thatsache dem ihr durch den Verbrecher gesetzten Zwecke zu dienen vermöchte, dem Zwecke: die aus der subjectiven Willkür des Handelnden entsprungene Norm, auf welcher die verbrecherische That beruht, zur allgemeinen Geltung zu bringen, und dem damit identischen Zwecke: durch solche Norm und deren Geltung dem individuellen Wohle zu dienen. Kann aber die, ihres wesentlichen Inhaltes entkleidete, von der allgemeinen sittlichen Natur des Willens sich loslösende, Willkür immer nur etwas erschaffen, das ebenso hohl und leer ist, wie sie selbst, das immer nur, wie sie selbst, eine rein subjective, nie eine allgemeine Bedeutung und Geltung hat; kann das individuelle Wohl seine Befriedigung immer nur finden auf der Grundlage des allgemeinen Wohles, und durch Handlungen, deren Zweck der vernünftig-sittlichen Natur des Willens entnommen ist, so erweist sich eben damit die Zweckbestimmung, welche der Verbrecher seiner Handlung gab, wie die einer jeden bösen That, als eine leere Täuschung, welche es deshalb dem Verbrechen, und dem Bösen überhaupt, unmöglich macht jemals zur wirklichen wesenhaften Existenz zu gelangen. Wie es der göttlichen Allmacht und Gerechtigkeit gegenüber das Schicksal jeder bösen That ist, daß sie schließlich nicht dem durch den Handelnden gesetzten Zwecke, sondern den Zwecken Gottes dient, so erfährt auch der menschlichen Gerechtigkeit gegenüber in der Strafe das Verbrechen sein ihm gebührendes Loos, indem der in ihm gesetzte Widerspruch gelöst wird, und es im Rechte, in der Erfüllung der Gerechtigkeit seine wahre Zweckbestimmung erfährt. Gebührt dem Verbrecher wie jedem Menschen das Recht zu fordern, daß seine in die Sphäre des Rechtes eingreifende Handlung in

ihrer eigenthümlichen rechtlichen Bedeutung gewürdigt und anerkannt werde, so muß die rechtliche Bedeutungslosigkeit und Nichtigkeit der verbrecherischen Handlung ausgesprochen werden, indem das Verbrechen, soweit es existent geworden ist, getilgt und vernichtet wird. Ein Dasein hat aber das Verbrechen nur im Willen des Verbrechers, so lange derselbe in seiner Erhebung über und wider die Herrschaft des Rechtes ungebrochen bestehen bleibt, weshalb in dem durch die Strafe ihm zugefügten Zwange die Herrschaft des Rechtes sich an ihm bewähren muß. Darum ist die Strafe die durch das Wesen des Verbrechens gesetzte nothwendige rechtliche Folge desselben, die nicht erst, um irgend eines sonstigen Zweckes willen, von Außen her mit dem Verbrechen in Verbindung gebracht wird.

§. 117. Durch die Strafe soll das Verbrechen, insoweit es zur Existenz gelangt ist, getilgt werden. Darum ist für die Strafe der Umstand, daß das Verbrechen die Beschädigung eines rechtlichen Gutes zur Folge hatte, und daß diese Beschädigung die entsprechende Entschädigung fordert, gleichgiltig, weil in solcher Beschädigung das Verbrechen nicht sein Dasein hat, und weil darum die Tilgung des Verbrechens von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Entschädigung durchaus unabhängig ist. Zur Existenz ist dagegen das Verbrechen gelangt, insofern die Beschädigung für die Willkür des Handelnden das Mittel war, um die Ordnung und Herrschaft des Rechtes zu durchbrechen, und nur in dieser Willensbestimmung hat das Verbrechen sein Dasein. Wie das Verbrechen in allen seinen Formen ein Zwang ist gegen das Recht und gegen die Freiheit als die innere Substanz des Rechtes, so wird es auch getilgt durch einen Zwang gegen den verbrecherischen Willen, und darum erscheint die Strafe, insofern sie ein solcher Zwang gegen die Freiheit ist, zunächst auch als ein Uebel. Der Verbrecher muß dieses Uebel auf sich nehmen, einmal damit der Gerechtigkeit genügt werde, indem diese sich im Strafzwange als das, was sie ihrem Wesen nach sein soll, als die den subjectiven Willen beherrschende und sich unterordnende Macht, bewährt; sodann darum, weil auch dem eigenen Rechte des Verbrechers genügt werden muß, indem in der Strafe

die verbrecherische Handlung ihre rechtliche Zweckbestimmung erfährt, und der Handelnde in das rechte, dem Wesen der freien, menschlichen Persönlichkeit entsprechende Verhältniß zur Ordnung des Rechtes, aus dem er sich willkürlich loslöste, zurückversetzt wird. Ist aber das Verbrechen nothwendig eine einzelne Handlung, welche ein bestimmtes Maß des Widerspruches gegen das Recht und damit der rechtlichen Schuld an sich trägt, so folgt daraus für die Strafe, daß der Zwang, den sie gegen den Verbrecher übt, das gleiche Maß haben müsse, indem nur durch ein solches Maß der Strafe sowohl der Gerechtigkeit wie dem Rechte des Verbrechers genügt wird. Ferner ergiebt sich, daß auch der im gerechten Maße gegen den Verbrecher geübte Zwang nur dann als wirkliche Strafe erscheint und dem begrifflichen Wesen derselben entspricht, wenn jener Zwang vom Staate ausgeht, weil nur in dem vom Staate geübten Strafzwange die Gerechtigkeit selbst es ist, welche die verbrecherische Willkür sich unterordnet, wogegen die vom Verletzten geübte Rache zwar auch eine Negation des Verbrechens, aber, stets unfähig zur Position des Rechtes an sich, nur eine ins Unendliche fortgehende Negation desselben bewirkt.

§. 118. Das Verbrechen hat sich aber nicht bloß als Rechtsverletzung und rechtliche Schuld, sondern zugleich als sittlich schuldhafte Handlung erwiesen, so daß das Verbrechen auch in rechtlicher Beziehung eine gerechte Würdigung nur erfahren kann, wofern es in der untrennbaren Einheit und Totalität seiner Momente und nicht bloß in einem derselben in Betracht kommt. Es erscheint als die Aeußerung eines Willens, dem es an der genügenden Kraft der freien, sittlichen Selbstbestimmung gebricht, welcher dem Bösen ein bestimmtes Maß der Macht über sich eingeräumt hat. Darum erscheint das Verbrechen auch in rechtlicher Beziehung nicht nur als einzelne Handlung, sondern zugleich als eine solche, welche auf eine allgemeine Qualität des Willens zurückweist, die einerseits die Besorgniß künftiger und weiterer verbrecherischer Eingriffe in die Ordnung des Rechtes begründet, wie sie andrerseits den in der Innerlichkeit des Handelnden selbst durch das Verbrechen gesetzten Widerspruch, trotz der äußerlichen,

durch den Strafzwang erfolgenden, Unterordnung des Willens unter die Macht des Rechtes, fortbestehen läßt. Es ist darum allerdings die weitere Aufgabe der Strafe nicht bloß den verbrecherischen Willen durch die Macht des Rechtes zu brechen und dieser unterzuordnen, sondern auch die innere sittliche Schuld zu tilgen, theils indem sie als sinnliches Uebel gegen die Sinnlichkeit des Verbrechers sich richtend ihm als Züchtigung und Warnung dient und ihn damit von ferneren verbrecherischen Thaten abhält, theils indem sie, an die sittliche Natur des Willens anknüpfend, dem Verbrecher zum wesentlichen Hilfsmittel der Besserung und inneren sittlichen Herstellung gereicht.

2. Der Zweck der Strafe.

§. 119. Der Zweck der Strafe ist kein anderer als das Recht und die Gerechtigkeit. Insofern aber das Verbrechen, dessen Wesen in jeder Beziehung das der Strafe bedingt, allerdings nicht ein einfach zu bestimmendes ist, sondern verschiedene in der wissenschaftlichen Betrachtung zu scheidende Momente umfaßt, so wird nothwendig auch die Strafe eine Mehrheit solcher Momente enthalten, vermöge deren sie vielen verschiedenen Zwecken zu dienen scheint. Insbesondere kommt hier der hauptsächlichste Unterschied in Betracht, wonach die Strafe ebenso die Aufhebung der Rechtsverletzung als die Tilgung der sittlichen Schuld bezweckt. In ersterer Beziehung ergeben sich weitere Unterschiede, je nachdem die Strafe in Rücksicht auf das Recht des Staates oder das des Verbrechers in Betracht kommt, je nachdem das Recht als solches oder als Sache des Wohles aufgefaßt wird, welches, alle Zwecke des Menschen umfassend, eine große Mannigfaltigkeit von Beziehungen ergiebt, in denen das Verbrechen und demgemäß auch die Strafe zu ihm steht. Wird das Verbrechen als eine zu tilgende sittliche Schuld betrachtet, so ergiebt sich auch hier eine Mehrheit von Strafzwecken, je nachdem diese Schuld in ihrer Bedeutung für Recht und Staat und das Wohl der Gesellschaft, oder für das Recht und Wohl des Verbrechers erfaßt, und wiederum im letzteren Falle, je nachdem die Strafe auf die

im Verbrechen sich kundgebende unfreie, sinnliche, oder auf die, auch beim Verbrecher vorauszusetzende sittliche Natur seines Willens bezogen wird. So gewiß aber die Strafe einer solchen Vielheit von Zwecken zu dienen hat, so gewiß wird doch ihr Wesen nicht durch den einen oder anderen dieser Zwecke, nicht durch eine Mehrheit derselben, noch auch durch die Summe aller einzelnen Zwecke bedingt, sondern nur durch den einen, absoluten Zweck der Strafe, durch die Gerechtigkeit, indem die wahrhaft und in jeder Beziehung gerechte Strafe, nothwendig zugleich diejenige ist, welche von selbst allen jenen relativen Zwecken dient.

§. 120. Die Strafe soll also das durch das Verbrechen gebrochene Recht wieder herstellen, und zwar in den beiden untrennbar verbundenen Beziehungen, daß das Recht um seiner selbst willen sich in seiner Stellung dem Verbrecher gegenüber, als die absolute Macht über dessen Willkür bewähren, und daß es um des Verbrechers willen diesem sein Recht gewähren und ihn in seine rechte Stellung zum Rechte wieder einsetzen muß. Das gebrochene Recht wird aber hergestellt, indem nach dem gleichen Maße die verbrecherische Willkür durch den Strafzwang gebrochen, indem also Gleiches mit Gleichem vergolten wird, während Verbrechen und Strafe nothwendig darin ungleich sind, daß jenes widerrechtlicher Zwang zum Zwecke des Unrechtes, diese rechtlicher Zwang zum Zwecke des Rechtes ist. Die durch solchen Zweck sich rechtfertigende und ihrer Beschaffenheit nach wirklich gerechte Strafe dient damit auch nothwendig dem Zwecke das Verbrechen nicht nur als einzelne That, sondern auch als Aeußerung einer allgemeinen Qualität des Willens, durch die innere sittliche Herstellung des Verbrechers, aufzuheben. Jedoch kann die ohne und vor der Strafe erfolgende sittliche Besserung des Verbrechers die Strafe nicht überflüssig machen, theils darum, weil ohne sie der Gerechtigkeit nicht genügt sein würde, theils darum, weil es sittliche Pflicht ist dem Rechte zu genügen und also auch der Strafe sich zu unterwerfen, so daß die sittliche Herstellung des Verbrechers die Einsicht in die Nothwendigkeit der Strafe und die freie Unterordnung unter dieselbe voraussetzt, während, so lange diese Einsicht und die daraus entspringende Selbstbestim-

mung fehlt, die Strafe nur äußeres Hilfsmittel für die Besserung ist. Andrerseits kann die Strafe niemals ihrem Maße nach durch den Zweck der Besserung bestimmt werden, denn wird das gerechte Maß der Strafe nicht bloß durch das Maß der objectiven Rechtsverletzung, sondern zugleich durch das der sittlichen Schuld bedingt, so ist es eine nothwendige Voraussetzung, daß sie in eben diesem Maße auch für den Zweck der Besserung ausreiche. Daß im concreten Falle das gerechte Maß der Strafe gleichwohl oft genug die Besserung nicht bewirken wird, ist ebenso wenig zu leugnen, wie der Umstand, daß im Widerspruche zur Forderung der Gerechtigkeit gar manches Verbrechen unbestraft bleibt. Aber solche in der Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen begründete Zufälligkeiten können bei der Frage nach dem begrifflichen Wesen der Strafe nicht in Betracht kommen, und finden ihre Erledigung in der Institution der Verjährung.

Anmerk. Es kann im Systeme der Strafrechtswissenschaft nicht umgangen werden Wesen und Zweck der Strafe zu erörtern. Dagegen ist es an sich nicht die Aufgabe desselben eine Darstellung und kritische Erörterung der verschiedenen sogenannten Strafrechtstheorien zu geben. Dieser Aufgabe in umfassender Weise zu genügen, würde nur ein selbständiges darauf sich beziehendes Werk vermögen. Eine übersichtliche Darstellung und gedrängte Beurtheilung dieser Theorien ist für ein eigentliches Compendium und in Rücksicht auf das Bedürfniß derer, welche auf ein tieferes Studium derselben nicht eingehen, in hohem Grade nützlich, ja fast unentbehrlich. Aber gerade diesem Bedürfnisse ist bereits in höchst anerkennenswerther Weise genügt, früherhin durch das vortreffliche Buch Abeggs, in neuerer Zeit durch Köstlin und Berner [1]), so daß hier ein neuer Versuch der Art besser unterblieb, und darum auch eine Verweisung auf die betreffende Literatur, die immer nur in unvollständiger Weise das Wichtigere hätte hervorheben können, lieber ganz vermieden wurde.

§. 121. Die Strafe ist als ein Zwang gegen den Willen und die Freiheit des Verbrechers ihrer äußern Erscheinung nach stets ein Uebel, obwohl sie vermöge ihrer Zweckbestimmung zu-

---

1) Abegg Die Strafrechtstheorien u. s. w. Köstlin N. Revis. S. 764—849. Berner Lehrb. des deutsch. Strafrechts.

gleich ein rechtliches und sittliches Gut für den Verbrecher ist. Ist aber die Strafe in allen Fällen ein solcher Zwang, so ist sie doch, indem sie ihrem Maße nach dem Verbrechen entsprechen soll, nothwendig eine verschieden gestaltete, oder eine gerechte Bestrafung des Verbrechens erfordert wesentlich eine Mannigfaltigkeit der Strafmittel. Eine solche Mannigfaltigkeit ist dadurch möglich, daß sich die Strafe überhaupt nicht unmittelbar gegen den Willen in seinem innern Wesen richtet, sondern ihn immer nur in irgend einer seiner Aeußerungen, d. h. in irgend einem seiner rechtlichen Güter zu erfassen vermag. Welche rechtlichen Güter des Verbrechers es sind, gegen welche der Strafzwang sich richten und in welcher Weise er stattfinden darf, darüber kann nur Wesen und Zweck der Strafe Aufschluß geben, indem diejenigen Strafmittel als in sich gerechtfertigte erscheinen werden, welche dem wesentlichen Zwecke der Strafe zu dienen vermögen, und welche angewandt werden müssen, um ihm zu genügen.

§. 122. Abgesehen davon, daß das Verbrechen sich gegen Rechte und rechtliche Güter zu richten vermag, welche dem Individuum niemals als sein Recht zustehen können, ergiebt sich aus dem Wesen der Strafe, daß sie dem Verbrecher darum nicht in jedem Falle den absolut gleichen Zwang zufügen kann, welchen er selbst in seiner verbrecherischen That ausübte, weil Strafe und Verbrechen ihrer Zweckbestimmung nach verschieden sind, und weil also das Princip der Talion, selbst wenn es durchführbar wäre, die Strafe in ihrem Wesen alteriren würde. Soll die Strafe dennoch ihrem Maße nach dem Verbrechen gleich sein, so kommt es demnach darauf an verschiedene Rechte und rechtliche Güter mit einander zu vergleichen und ihrem Werthe nach gleich zu setzen. Bei der Werthbestimmung des Rechtes, welches Object des Strafzwanges sein soll, kommt es ferner darauf an, daß es in dem subjectiven Werthe, den es für den Verbrecher hat, ermessen werde, da er vom Strafzwange in einem Maße wirklich betroffen wird, das sich nur nach diesem Maßstabe bestimmt, und da eine Gleichstellung des Verbrechens und des Strafzwanges nach ihrem absoluten Werthe ebenso ungerecht als unmöglich sein würde. Wenn aber in solcher Weise das Maß der verbrecheri-

schen Rechtsverletzung und der im Strafzwange enthaltenen Rechtsentziehung mit einander zu vergleichen sind, so ist endlich noch zu berücksichtigen, daß das Verbrechen nicht nur eine quantitativ bestimmbare Rechtsverletzung ist, sondern auch in Rücksicht auf die in ihm enthaltene sittliche Schuld sich qualitativ verschiedenartig gestaltet. Darum muß die Strafe dem Verbrechen nicht bloß in jener quantitativen, sondern auch in dieser qualitativen Beziehung entsprechen, oder die Gerechtigkeit erfordert nicht nur der Größe, sondern auch der Art nach verschiedene Strafmittel.

Anmerk. Das positive Recht hat sich der Anordnung verschiedener Strafen und Strafmittel nie zu entziehen vermocht, obwohl es auch in dieser Beziehung einer langen historischen Entwickelung bedurfte, bevor sich ein der Gerechtigkeit annähernd genügendes Strafensystem gebildet hat. In Betreff dieser geschichtlichen Entwickelung des Strafensystemes sowohl im gemeinen deutschen wie im preußischen Strafrechte kann lediglich auf den ersten Band dieses Werkes verwiesen werden, weshalb auch die folgende Darstellung sich lediglich auf die Erörterung der Strafmittel des gegenwärtigen preußischen Strafrechts beschränken darf.

3. Die Strafmittel.

a. Eintheilung der Strafen.

§. 123. Die preußische Strafgesetzgebung hat sich bei der Wahl der Strafmittel zunächst an den vorgefundenen, besonders durch die Strafgesetzgebung des Allgemeinen Landrechts begründeten Zustand angeschlossen, hat aber denselben theils in Berücksichtigung der neuern deutschen, besonders auch der französischen Gesetzgebung, theils in eigenthümlicher Weise mannigfach umgestaltet. Sie unterscheidet sich von der frühern Gesetzgebung insbesondere 1) dadurch, daß sie die rechtliche Bedeutung der einzelnen Strafmittel und die Art ihrer Anwendung in gesetzlicher Weise näher festgestellt hat, und 2) dadurch, daß sie nach der Art und dem Maße der Strafe alle strafbaren Handlungen in der bereits angegebenen Weise [1]) in drei Klassen, in Verbre-

---

1) oben §. 2.

chen, Vergehen und Uebertretungen eingetheilt hat. Diese letztere Eintheilung hat jedoch ihren Grund lediglich in der processualischen Rücksicht auf die Kompetenzbestimmung der verschiedenen Strafgerichte, weshalb jene drei Formen des strafbaren Unrechts einerseits in keiner Weise begrifflich zu unterscheiden sind, und andrerseits sich auch nur theilweise, nicht durchgreifend, durch die zur Anwendung kommenden Strafarten unterscheiden.

Anmerk. Die höchst bedeutsamen Uebelstände, welche sich daraus ergaben, daß die Strafgesetzgebung des Landrechtes ihre Strafmittel im Wesentlichen nur mit einem Namen bezeichnete, ohne ihre rechtliche Bedeutung, die Art ihrer Anwendung und Ausführung irgend festzustellen, daß sie zum Theil Strafmittel unterschied, die in der Praxis nicht unterschieden wurden und wegen des Mangels der erforderlichen Anstalten nicht in der entsprechenden Weise ausgeführt werden konnten, ist im ersten Bande näher geschildert worden. In dieser Beziehung hat das neue Strafgesetzbuch einen wesentlichen Fortschritt gemacht, wenn es dem Code pénal folgend die einzelnen Strafarten nach ihrer Bedeutung und Weise der Ausführung gesetzlich feststellte. Die Frage, in wiefern eine besondere Strafe als gerecht d. h. dem wesentlichen Zwecke der Strafe entsprechend und darum anwendbar zu erachten sei, wird allerdings zuerst in Rücksicht auf das rechtliche Gut des Verbrechers, welches Gegenstand des Strafzwanges sein soll, beantwortet werden müssen, wonach man also z. B. heut nicht anstehen wird, verstümmelnde Strafen als ungerecht zu verwerfen. Wenn dagegen ein anderes rechtliches Gut z. B. die Freiheit als geeignetes Object des Strafzwanges anzuerkennen ist, so ist damit erst die Möglichkeit ausgesprochen, daß die Freiheitsstrafe eine gerechte sei. Ob sie es wirklich sei, hängt wesentlich davon ab, ob sie in einer dem nothwendigen Zwecke der Strafe entsprechenden Weise zur Ausführung gebracht wird, und es fragt sich, welche Ungerechtigkeit verwerflicher ist, die den Verbrecher zu verstümmeln und ihn dann sich selbst und seinem Gewissen zu überlassen, oder die, seine körperliche Gesundheit sorgsam zu schonen, ihn dagegen im Zuchthause dem völligen sittlichen Untergange entgegenzuführen. Es erscheint darum allerdings fast wunderlich, daß man zwar bei der Strafgesetzgebung die verschiedenen anzuwendenden Strafmittel sehr sorgsam erwägt, daß zwar das Gericht alle Schuldmomente genau in Betracht zieht, um das gerechte Maß der Strafe festzustellen, daß aber die Ausführung der Strafe, welche besonders bei dem wichtigsten Strafmittel, der Freiheitsstrafe, deren ganze Bedeutung und Wirksamkeit bedingt, ohne wirklich ge-

setzliche Normirung den Verwaltungsbehörden überlassen wird. So sehr in dieser Beziehung der Fortschritt anzuerkennen ist, den das preußische Strafgesetzbuch gethan hat, so bleibt doch immer noch genug zu thun übrig. Die viel besprochene Frage der Gefängnißreform, die Frage, wie die Zuchthäuser zweckentsprechend einzurichten seien, ist wahrlich eine solche, bei welcher die Gerechtigkeit ein sehr wesentliches Interesse hat, welche darum der Lösung auf dem Wege der Strafgesetzgebung nicht bloß auf dem der reglementarischen Bestimmung durch die Verwaltungsbehörden bedürfte. Sind doch noch heut nicht einmal alle die Strafanstalten vorhanden, welche vom Strafgesetzbuche vorausgesetzt und erfordert werden.

Für die Eintheilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen [2]) bot allerdings schon das ältere Recht einen Anknüpfungspunkt dar in dem Unterschiede der Kriminal- und fiscalischen Untersuchung und der Bestrafung der Polizeivergehen, wie freilich unleugbar auch das Volksbewußtsein, Verbrechen und Vergehen stets unterscheiden wird. Der Versuch aber diesen Unterschied in der Strafgesetzgebung in der Art durchzuführen, daß das eigenthümliche Wesen der strafbaren Handlung selbst das unterscheidende Criterium bildet, wird nothwendig mißlingen. Es hat dies seinen Grund darin, daß das Volksbewußtsein der Natur der Sache nach sich stets vorwiegend auf den sittlichen Standpunkt stellen wird, von welchem aus das Maß der objectiven Rechtsverletzung als das Secundäre vor dem Maße der sittlichen Schuld zurücktritt. Wollte die Strafgesetzgebung dieser Auffassung folgen, dann müßte nothwendig die Ehrenstrafe zum Mittelpunkte des ganzen Strafensystemes gemacht werden, wie dies annähernd durch den Code pénal versucht worden ist, indem hier das Verbrechen stets den Verlust der Ehrenrechte nach sich zieht, wogegen das Vergehen entweder überhaupt nicht mit einer Ehrenstrafe oder nur mit der zeitlich beschränkten Untersagung der Ausübung gewisser Ehrenrechte bedroht ist. Soll aber die Ehrenstrafe sowohl im Bewußtsein des Verbrechers wie des Volkes dem wesentlichen Zwecke der Strafe dienen, — und nur insoweit sie dies thut, ist sie zugleich eine gerechte, — dann kann sie nur in den Fällen verhängt werden, in welchen die in der verbrecherischen Handlung liegende eigenthümlich gestaltete sittliche Schuld nach den Anschauungen der Zeit eine Entehrung bewirkt. Steht nun die entehrende sittliche Schuld des Verbrechers in gar keinem nothwendigen und

---

2) Vgl. Cucumus Ueber die Eintheilung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen. 1823. Goltdammer Mat. I. S. 47 flg. Beseler Komment. S. 59 flg. Temme Glossen S. 48. Lehrb. S. 142 flg.

festen Verhältniß zu der Größe der objectiven Rechtsverletzung, welche die Strafgesetzgebung zum Zwecke einer gerechten Vergeltung zunächst zu berücksichtigen hat, so müssen entweder nach dem Criterium der entehrenden Schuld Handlungen in eine Klasse zusammengefaßt werden, welche in Rücksicht auf die Größe der Rechtsverletzung gar keine Gemeinschaft haben, oder es muß, wenn zugleich das Maß der Rechtsverletzung als Eintheilungsgrund dienen soll, die Ehrenstrafe in einer ihrem Wesen widersprechenden und darum ungerechten Weise angewandt werden. Das Letztere ist der Fehler, dem der Code pénal verfallen ist. Es muß also dem Wesen und Zwecke der Strafe entsprechend für die Strafe und deren Maß nothwendig zuerst die Größe der Rechtsverletzung die Norm abgeben, und darum muß, soll überhaupt von einem der Gerechtigkeit genügenden Strafensystem die Rede sein, nothwendig diejenige Strafart den Mittelpunkt desselben bilden, welche, der mannichfachen Abstufung der verbrecherischen Schuld entsprechend, eine gleich mannigfache Abstufung zuläßt. Gegenüber der Rohheit des älteren Rechtes, dessen wenige Strafmittel zu einer gerechten Vergeltung bei weitem nicht ausreichten, muß es darum, trotz der Barbarei ihrer Strafen, als ein wesentliches Verdienst der Carolina anerkannt werden, wenn sie sich bemühte die große Verschiedenheit der verbrecherischen Schuld durch, in der Art der Ausführung ebenso vielfach abgestufte, Leibesstrafen zur Anerkennung zu bringen. Daß heut nur die Freiheitsstrafe den Mittelpunkt des Strafensystemes ausmachen kann, bedarf keines Beweises, und wenn man sich bei der Redaction des preußischen Strafgesetzbuches schließlich, in Rücksicht auf das Bedürfniß des Strafverfahrens veranlaßt sah gleich dem Code pénal die Unterscheidung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen aufzunehmen, so suchte man doch zugleich die Fehler desselben möglichst zu vermeiden, indem man principiell die Freiheitsstrafe und deren Maß zum Grunde der Unterscheidung machte. Daß diese Fehler und Mängel gänzlich vermieden wären, läßt sich freilich nicht behaupten. Das preußische Strafrecht weicht in der Dreitheilung der strafbaren Handlungen vom Code pénal insbesondere dadurch ab, daß es der entehrenden Freiheitsstrafe und der, mit einem beschränkten Arbeitszwange verbundenen, Gefängnißstrafe die Strafe der Einschließung hinzufügte, die im Anschluß an das ältere Recht in denjenigen Fällen als ein Bedürfniß erschien, in denen es darauf ankam eine die Ehre in keiner Beziehung schmälernde Freiheitsstrafe zu verhängen. In Folge dessen stimmt das preußische Strafgesetzbuch mit dem Code pénal zwar darin überein, daß die entehrende Freiheitsstrafe nur bei Verbrechen Anwendung findet, und daß Uebertretungen nur mit Gefängnißstrafe bedroht sind, wogegen es von ihm abwei-

chend bei Verbrechen nicht ausschließlich die Zuchthausstrafe, sondern auch die der Einschließung, und ebenso bei Vergehen nicht ausschließlich die Gefängnißstrafe, sondern daneben gleichfalls die der Einschließung eintreten läßt, und zwar die Gefängnißstrafe entweder allein oder in Verbindung mit zeitlicher Untersagung der Ausübung der Ehrenrechte. Giebt sich dadurch gewiß ein Fortschritt in der Auffassung und Handhabung der Ehrenstrafen kund, so läßt sich doch nicht leugnen, daß auch im preußischen Strafrechte immer noch zu sehr das Streben vorwaltet die Ehrenstrafe von der Größe der Rechtsverletzung, nicht von der eigenthümlichen sittlichen Bedeutung der strafbaren Handlung abhängig zu machen. Es ist mit einem Worte das Princip, welches durch die Aufnahme einer im Maximum bis zu zwanzig Jahren reichenden custodia honesta anerkannt wurde, nicht zur entsprechenden Durchführung gelangt. Eine solche würde gefordert haben, daß die Strafe der Einschließung eine ausgedehntere Anwendung bei den Verbrechen gefunden hätte, indem es in keinem Falle die Größe der Rechtsverletzung allein sein kann, welche die entehrende Zuchthausstrafe rechtfertigt. Ein eigenthümlicher Widerspruch macht sich in dieser Beziehung rücksichtlich der Todesstrafe geltend. Wenn sie im preußischen Strafrechte in besonderen Fällen mit dem Verluste der bürgerlichen Ehre verbunden werden kann, so läßt sich der Schluß nicht abweisen, daß sie ohne die Aberkennung der bürgerlichen Ehre nicht entehrend sei, und es ist auch kein Grund vorhanden, warum der Grundsatz des ältern einheimischen Rechtes, daß es Verbrechen geben könne, die vermöge der Größe der Rechtsverletzung die Todesstrafe fordern, vermöge ihrer sittlichen Bedeutung eine Entehrung dennoch nicht rechtfertigen, für unsere Zeit keine Geltung mehr haben sollte. Dem widerspricht es aber, daß dieselbige Rechtsverletzung, die in einem Falle mit der nicht entehrenden Todesstrafe belegt wird, im andern Falle, wenn das erschwerende die Todesstrafe begründende Moment fehlt, mit entehrender Zuchthausstrafe belegt werden muß. Ebenso steht auch die Strafe der Einschließung nicht in dem richtigen Verhältnisse zur Gefängnißstrafe. Allerdings ist letztere an sich keine einen Ehrennachtheil bewirkende Strafe, wird aber gleichwohl in der öffentlichen Meinung immer als eine die Ehre schmälernde betrachtet werden, theils schon darum, weil sie das Gesetz ausdrücklich von der custodia honesta, der Einschließung unterscheidet, theils weil sie mit einem beschränkten Arbeitszwange verbunden ist. Aus diesem Grunde hätte die Strafe der Einschließung auch in der Klasse der Vergehen eine ausgedehntere Anwendung finden müssen, und selbst bei einzelnen Uebertretungen, wie z. B. mindestens bedingungsweise bei den einfachen Injurien, erscheint die Gefängnißstrafe ungerecht-

fertigt, so lange das Gesetz neben ihr eine „ehrliche" Freiheitsstrafe kennt. Der Umstand aber, daß man sich bei der Dreitheilung der strafbaren Handlungen noch immer nicht genug von dem Systeme des Code pénal hat frei machen können, bewirkte zugleich noch einen weiteren, in der Praxis schon sehr fühlbar hervorgetretenen Uebelstand. Indem nämlich das Criterium für die Unterscheidung des Verbrechens, Vergehens und der Uebertretung lediglich im Strafmaße liegt, so war es eine nothwendige Folge, daß die der Art nach gleiche Rechtsverletzung je nach ihrer Gestaltung im besondern Falle bald der einen, bald der andern Klasse angehört. Ist bei den Vergehen die am häufigsten zur Anwendung kommende Strafe die Gefängnißstrafe, die zugleich auch die bei den Uebertretungen allein zur Anwendung kommende Freiheitsstrafe ist, so war es allerdings bei den strafbaren Handlungen, welche, wie z. B. Injurie und Diebstahl, theils zu den Uebertretungen, theils zu den Vergehen gehören, leicht möglich eine dem Grade der Strafbarkeit entsprechende allmälige Abstufung der Strafe herzustellen. Schwieriger dagegen war es eine der Gerechtigkeit entsprechende Abstufung der Strafe in dem Falle zu bewerkstelligen, in welchem die der Art nach gleiche Rechtsverletzung theils der Klasse der Verbrechen, theils der der Vergehen angehört, und zwar darum, weil es sich hier in der Regel um die Anwendung der Art nach verschiedener Freiheitsstrafen, der Zuchthaus- und der Gefängnißstrafe, handelt. Diese Schwierigkeit wird freilich immer obwalten, wenn es darauf ankommt, die der Art nach gleiche Rechtsverletzung nicht bloß mit quantitativ, sondern qualitativ verschiedenen Strafen zu bedrohen, und ihre Lösung wird vor allem erfordern, daß man bei der gesetzlichen Feststellung des Thatbestandes diejenigen Momente der Schuld richtig herauszufinden weiß, welche die strafbare Handlung selbst als eine wirklich qualitativ verschiedene, und damit die qualitativ verschiedenen Strafen rechtfertigende, erscheinen lassen. Im preußischen Strafrechte wurde aber diese Schwierigkeit dadurch noch erhöht, daß man dem Systeme des Code pénal folgend, meinte, die ehrende Freiheitsstrafe nur in den Fällen androhen zu dürfen, in denen zugleich ein bestimmtes höheres Maß der Strafe gerechtfertigt erscheine. Wenn demnach die Zuchthausstrafe auf ein Minimum von zwei Jahren beschränkt wurde, so würde diese Anordnung als richtig nur anerkannt werden können, wenn wirklich zwischen der Größe der Rechtsverletzung, durch welche das Zeitmaß der Freiheitsstrafe bedingt wird, und der Art und dem Maße der sittlichen Schuld, von welcher die Ehrenstrafe abhängt, ein festes Verhältniß obwaltete. Daß dies aber durchaus nicht der Fall ist, hat das Strafgesetzbuch selbst anerkannt, indem es den starren Unterschied der mit Zuchthaus

bestraften Verbrechen und der mit Gefängniß bestraften Vergehen zu mildern suchte, theils indem es die Gefängnißstrafe mehrfach mit zeitlich beschränkter Ehrenstrafe verband, theils indem es bei den Verbrechen mehrfach die Annahme von Milderungsgründen zuließ, vermöge deren an die Stelle der Zuchthausstrafe eine nicht entehrende Freiheitsstrafe tritt. Dennoch sind genug Fälle übrig geblieben, in welchen ein Vergehen durch irgend ein weiteres Moment der Schuld in die Klasse der Verbrechen übergeht und nunmehr mit mindestens zwei Jahr Zuchthaus bestraft werden muß, ohne jenes Moment aber mit einem davon weit abstehenden Minimum von Gefängnißstrafe bedroht ist, während doch der bedeutende Unterschied zwischen dem Minimum der Strafe in dem einen und dem im andern Falle keineswegs durch das Dasein oder den Mangel jenes Schuldmomentes gerechtfertigt, sondern nur durch die abstracte Unterscheidung in der Bestrafung der Verbrechen und Vergehen veranlaßt ist [3]).

§. 124. Die Strafen des preußischen Strafrechtes sind in Rücksicht auf das rechtliche Gut, das der Gegenstand des Strafzwanges ist, Todes-, Freiheits-, Ehren- und Vermögensstrafen. Sie sind ferner in Rücksicht auf die Art ihrer Anwendung entweder Hauptstrafen d. h. solche die selbständig zur Anwendung kommen, oder Nebenstrafen (accessorische Strafen) d. h. solche, welche nur in Verbindung mit einer Hauptstrafe zuerkannt werden können. Die Strafen sind absolut bestimmte insofern sie, von anderen qualitativ verschieden, einen weitern quantitativen Unterschied nicht zulassen; sie sind relativ bestimmte, sofern die der Art nach gleiche Strafe in verschiedenem Maße verhängt werden kann. Die Strafen sind endlich entweder gemeine, wofern sie gegen jeden Schuldigen zur Anwendung kommen, oder besondere, falls ihre Anwendbarkeit eine besondere persönliche Qualität des Schuldigen voraussetzt [1]).

---

3) Vgl. von Kräwel Ueber die franz. Elemente im preuß. Strafgesetzbuche in Goltdammers A. I. S. 461 flg.

1) Vgl. Beseler Komment. S. 85 flg. Temme Lehrb. S. 391 flg. Das Geschichtliche der bei der Redaction des Strafgesetzbuches allmälig stattfindenden Entwickelung des Strafensystems bei Goltdammers Mat. I. S. 77—149.

b. Die Hauptstrafen.

§. 125. Die schwerste Strafe des preußischen Strafgesetzbuches ist die, durch Enthauptung auf einem abgeschlossenen Platze und im Beisein bestimmter, durch das Gesetz bezeichneter Personen zu vollstreckende, Todesstrafe [1]). In einzelnen Fällen ist nach der Bestimmung des Gesetzes neben der Todesstrafe zugleich auf den Verlust der bürgerlichen Ehre zu erkennen [2]), in anderen Fällen muß dies geschehen, wofern durch die Geschworenen das Vorhandensein besonders erschwerender Umstände festgestellt ist [3]).

Anmerk. Die mancherlei Gründe, welche bisher gegen die Gerechtigkeit und Zulässigkeit der Todesstrafe vorgebracht worden sind, zu widerlegen, ist hier nicht der Ort, und zwar um so weniger, als sich über die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe ein genügendes Urtheil vom Standpunkte der Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie aus überhaupt nicht fällen läßt. Vielmehr würde hierzu die Beantwortung mehrerer theologischer Vorfragen erforderlich sein, über welche sich mit denen nicht streiten läßt, welche hierbei ohne Rücksicht auf die Lehren der christlichen Religion glauben fertig werden zu können. Viel wichtiger ist für das positive Recht die Frage, ob die Todesstrafe in Rücksicht auf die gegebenen Zustände nothwendig und gerechtfertigt sei, denn man wird zugeben müssen, daß vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik aus die Zulässigkeit eines Strafmittels nicht bloß an der abstracten Zweckbestimmung der Strafe abzumessen ist, sondern daß es sich hier darum handelt diejenigen Strafmittel anzuwenden, welche unter der Voraussetzung eines gegebenen Zustandes und bestimmter rechtlicher, sittlicher und religiöser Anschauungen des Volkes für die Handhabung der Gerechtigkeit nothwendig erscheinen. Daß es aber bisher immer nur die Doctrin nicht die Volksmeinung gewesen ist, welche die Zulässigkeit der Todesstrafe angefochten hat, wird Niemand leugnen wollen. Auch bei der Redaction des preußischen Strafgesetzbuches ist in den verschiedenen Stadien derselben über die Berechtigung der Todesstrafe mehrfach verhandelt, dieselbe aber stets entschieden bejaht worden [4]), wogegen

---

1) Strafgesetzb. §. 7—9.
2) Strafgesetzb. §. 61. 67. 175.
3) Dies also in den Fällen der §§. 68. 69. 74. 178. 179. 285. 290. 294. 302. 303. 304. Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 §. 8. Vgl. Einf. G. Art. XXIV.
4) Goltdammer Mat. I. S. 84 flg.

man ebenso entschieden von Anfang an eine jede marternde Schärfung derselben verwarf. Eine auf die Ehre sich beziehende Schärfung der Todesstrafe ist jedoch, in verschiedener Art der Ausführung, in fast alle Entwürfe aufgenommen worden [5]), und auch im Strafgesetzbuche stehen geblieben, indem in einzelnen Fällen in Folge gesetzlicher Bestimmung oder des festgestellten Vorhandenseins besonders erschwerender Umstände neben der Todesstrafe auf den Verlust der bürgerlichen Ehre zu erkennen ist. Es ist dies der uralte, und gewiß auch noch jetzt in der Volksanschauung gerechtfertigte Unterschied der „ehrlichen" und der „unehrlichen" Todesstrafe, dessen Bedeutung man sich aber offenbar nicht vollkommen klar gemacht hat. Die Regierung hatte bei der Berathung des ständischen Ausschusses diesem vorgeschlagen, in allen Fällen, in welchen das Gesetz überhaupt Todesstrafe androhe, zugleich auch im Gesetze selbst den Verlust der bürgerlichen Ehre, wenn auch nur in facultativer Weise, auszusprechen, wogegen der Ausschuß dies ablehnte, weil die Schärfung der Todesstrafe nur in den allerschwersten Fällen zulässig sei. Man hatte aber beiderseits nicht bedacht, daß es hier überhaupt nicht auf eine eigentliche Schärfung, d. h. darauf ankomme über die einfache Todesstrafe noch eine quantitativ höhere und größere zu stellen, als vielmehr darauf, die Todesstrafe auch durch das richterliche Urtheil so zu characterisiren, daß sie der eigenthümlichen sittlichen Bedeutung des Verbrechens entspreche. Qualität und Quantität der Rechtsverletzung einerseits und der sittlichen Schuld andrerseits stehen aber in durchaus keinem festen Verhältnisse zu einander, und darum kann das eine Verbrechen völlig geeignet erscheinen, die entehrende Todesstrafe zu rechtfertigen, während dies bei einem anderen, rücksichtlich der Größe der Rechtsverletzung viel schwererem, Verbrechen durchaus nicht der Fall ist. Will man also den Verlust der bürgerlichen Ehre als ein Schärfungsmittel betrachten, das überall angewandt werden muß, wo „besonders erschwerende Umstände," gleichviel aus welchem Momente der Schuld sie sich ergeben mögen, vorliegen, so wird man die Ehrenstrafe in einer ihrem Wesen widersprechenden Weise auch da aussprechen müssen, wo zwar ein besonders hohes Maß der Rechtsverletzung, z. B. eine sehr umfangreiche Beschädigung, aber durchaus keine entehrende sittliche Schuld vorliegt. Will man dagegen die entehrende Todesstrafe nur in den Fällen erkennen, in welchen eine wirklich entehrende Schuld angenommen werden muß, so kommt man auf den Widerspruch, daß manche Verbrechen, welche

---

5) Goltdammer a. a. O. S. 86 flg.

bei einer minder schweren Form der Begehung mit entehrender Zuchthausstrafe bestraft werden, bei einem höheren Grade der rechtlichen Schuld eine nicht entehrende Todesstrafe nach sich ziehen. Alle Todesurtheile bedürfen zur Vollziehung auch jetzt noch der Königlichen Bestätigung [6]), und werden in der Rheinprovinz durch das Fallbeil, in den übrigen Provinzen durch das Beil vollzogen [7]). Aus der Bestimmung, daß der wegen Hoch- oder Landesverrathes zum Tode Verurtheilte die Fähigkeit verliert über sein Vermögen unter Lebenden und von Todeswegen zu verfügen [8]), ergiebt sich von selbst, daß in allen anderen Fällen die Todesstrafe eine solche Folge nicht nach sich zieht.

§. 126. Die schwerste Form der Freiheitsstrafe ist die Zuchthausstrafe [1]), die entweder eine lebenslängliche oder eine zeitige, durch das Minimum von zwei und das Maximum von zwanzig Jahren begrenzte, ist. Sie ist stets mit einem Arbeitszwange verbunden, bei welchem eine Berücksichtigung der bisherigen Lebensverhältnisse des Sträflings nicht stattfindet; ferner für ihre Dauer mit der Unfähigkeit das Vermögen zu verwalten und unter Lebenden darüber zu verfügen, weshalb für diese Zeit dem Sträfling ein Vormund in der gesetzlichen Form zu bestellen ist. Endlich zieht die Zuchthausstrafe von Rechtswegen und ohne einen darauf bezüglichen Ausspruch des richterlichen Urtheils, den Verlust der bürgerlichen Ehre nach sich. Die Zwangsarbeit kann nicht bloß innerhalb, sondern nach neueren Bestimmungen auch außerhalb der Strafanstalt stattfinden [2]).

Anmerk. Bei der Redaction des Strafgesetzbuches ging man von Anfang an davon aus das unklare und vielgliedrige System der Freiheitsstrafe des A. L. R. zu vereinfachen. Aber auch die anfangs noch in die Entwürfe aufgenommene doppelte Form der entehrenden und mit Zwangsarbeit verbundenen Freiheitsstrafe ist später aufgegeben worden, so daß die Zuchthausstrafe als die einzige Form derselben übrig blieb [3]). Ihren eigen-

---

6) A. L. R. II. 13. §. 8. Crim. O. §. 530. Kab. Ord. v. 15. Juli 1809, v. 20. Juni und 9. August 1816.
7) Kab. Ord. v. 19. Juni 1811 und 17. August 1818.
8) Strafgesetzb. §. 73.
1) Strafgesetzb. §. 10. 11. Vgl. §. 12.
2) Gesetz v. 11. April 1854.
3) Goltdammer Mat. I. S. 91 flg.

thümlichen Character erhält die Zuchthausstrafe durch die mit ihr verbundene Zwangsarbeit, in Betreff deren die Worte des Gesetzes: der Verurtheilte solle zu den in der Strafanstalt eingeführten Arbeiten angehalten werden, genügend andeuten, daß eine Berücksichtigung der Persönlichkeit des Sträflings, seiner früheren Lebensverhältnisse und seiner Berufsthätigkeit ausgeschlossen ist, soweit sie nicht etwa durch dessen Körperkräfte und Gesundheitszustand bedingt wird [4]). Allerdings ist die ganze Bedeutung der Zuchthausstrafe sehr wesentlich dadurch bedingt, in welcher Art dieser Arbeitszwang von den betreffenden Beamten gegen den Sträfling gehandhabt wird, und es bleibt eine bedenkliche Lücke der Strafgesetzgebung, wenn weder hierüber, noch über die innere Einrichtung der Zuchthäuser, noch auch endlich über die für den Character der Strafe so wichtigen Disciplinarmittel und deren Zulässigkeit [5]) irgend etwas gesetzlich festgestellt ist, obwohl es nicht verkannt werden soll, daß eine Ausfüllung dieser Lücke auf dem Wege der Gesetzgebung großen Schwierigkeiten unterliegen wird. Mit dem so beschaffenen Arbeitszwange ist der Verlust der bürgerlichen Ehre, den die Zuchthausstrafe von Rechtswegen nach sich zieht, nothwendig verbunden, und es würde eine der Volksanschauung widersprechende, darum wirkungslose Abstraction sein, die mit Zwangsarbeit verbundene Ehrenstrafe als nicht entehrend zu behandeln. Die Behauptung Goltdammers [6]), daß wenn die verhängte Todesstrafe im Wege der Gnade in Zuchthausstrafe verwandelt worden ist, diese nicht ohne Weiteres den Verlust der bürgerlichen Ehre mit sich bringe, erscheint darum einerseits als eine der Natur der Sache widersprechende juristische Spitzfindigkeit, andrerseits ist kein Grund einzusehen, warum die Zuchthausstrafe in irgend einem Punkte eine andere als die im Gesetz bestimmte sein soll, wenn sie auf dem Wege der Gnade und nicht durch richterliches Urtheil auferlegt ist. Allerdings macht sich aber hierbei das schon oben berührte Verhältniß der nicht entehrenden Todesstrafe zur Zuchthausstrafe, und das Bedenkliche einer derartigen auf dem Wege der Gnade bewirkten Strafumwandlung in hohem Grade fühlbar. Während der Strafzeit, d. h. von dem Augenblicke an, mit welchem die Verbüßung der Strafe beginnt [7]), ist der Verurtheilte unfähig sein

---

4) Darum wurde die frühere Bezeichnung der Arbeit als eine den bürgerlichen Verhältnissen des Verbrechers angemessene ausdrücklich beseitigt. Goltdammer a. a. O. S. 109.

5) Darüber Näheres bei Goltdammer a. a. O. S. 157 flg.

6) a. a. O. S. 168 IV. Vgl. Oppenhoff zu §. 11. Nr. 9.

7) Goltdammer a. a. O. S. 165. VII. Oppenhoff zu §. 11. n. 2.

Vermögen zu verwalten und unter Lebenden darüber zu verfügen, wogegen ihm die Verfügung von Todeswegen in keiner Beziehung beschränkt ist. Ebenso darf ihm für diese Zeit kein Theil des Vermögens und seiner Einkünfte verabfolgt werden, und er wird, in den gesetzlichen Formen, unter Vormundschaft gestellt, in Betreff deren aus den früheren Verhandlungen darüber [8]), wie auch aus den Worten des Gesetzes sich ergiebt, daß damit augenscheinlich eine Vermögens-Curatel gemeint ist [9]), die darum wegfällt, wo der Verurtheilte ohne Vermögen oder nicht sui iuris ist, oder wo eine Ehefrau zum Zuchthause verurtheilt wurde. Außerdem verliert nach älteren Bestimmungen der Zuchthaussträfling die Rechte der väterlichen Gewalt [10]).

§. 127. Die an sich mit einer Ehrenstrafe nicht verbundene Gefängnißstrafe [1]) darf nur in besonderen Gefangenanstalten vollstreckt werden, und obwohl sie auch eine Zwangsarbeit nicht mit sich bringt, so können doch die Gefangenen in einer ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessenen Weise beschäftigt werden. Das geringste Maß der Gefängnißstrafe beträgt einen Tag, das höchste, sofern das Gesetz nicht im besondern Falle ein Anderes bestimmt, fünf Jahre.

Anmerk. Ueber die Nothwendigkeit der Gefängnißstrafe mit dem ihr eigenthümlichen Character ist man im ganzen Laufe der Redactions-Arbeiten nie im Zweifel gewesen, und nur über den Ort der Vollstreckung haben mehrere Verhandlungen stattgefunden [2]). Das Wesentliche rücksichtlich des Ortes ist es, daß die Gefängnißstrafe in einer besondern Gefangenanstalt, nicht in einer Strafanstalt vollstreckt werde, und es ist, trotz der angeordneten Verschiedenartigkeit in der Behandlung der Sträflinge, gewiß sehr zu bedauern, daß die Gefängnißstrafe wegen Unzulänglichkeit der Gefängnisse, im Widerspruche zum Gesetze dennoch bei „gewissen Kategorien von Gefangenen“ im Zuchthause vollstreckt wird [3]). Bringt zwar die Gefängnißstrafe, sofern nicht ausdrücklich auf zeitige Untersagung der

---

8) Goltdammer a. a. O. S. 101.
9) Beseler Komment. S. 102. Justiz-Minist. B. 1852 S. 324. A. M. Temme Lehrb. S. 419.
10) A. L. R. II. 2. §. 255. Crim. O. §. 53. 568.
1) Strafgesetzb. §. 14.
2) Goltdammer a. a. O. S. 102 flg.
3) J. M. Rescript v. 24. Juni 1851 im J. M. B. S. 237.

Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt ist, einen rechtlichen Nachtheil für die Ehre nicht mit sich, so bleibt doch zu berücksichtigen, daß sie in der öffentlichen Meinung um so weniger ohne einen solchen Nachtheil bleiben wird, als das Gesetz selbst sich veranlaßt gesehen hat, neben sie noch eine andere ausdrücklich als custodia honesta bezeichnete Freiheitsstrafe zu stellen. In dieser Beziehung würden, wie schon oben hervorgehoben wurde, gegen die Art, wie sie vom Gesetz angewandt worden ist, mancherlei Einwendungen zu erheben sein. Dem Character der Gefängnißstrafe entspricht es, daß mit ihr eine eigentliche Zwangsarbeit nicht verbunden ist, obwohl, um sie von der Zuchthausstrafe genau zu sondern, auch hier über die den Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Beschäftigung, zu welchen die Gefangenen angehalten werden können, so wie über die gegen sie zulässigen Disciplinarmittel nähere gesetzliche Bestimmungen zu wünschen wären. Sehr bedenklich ist es jedenfalls, daß auch Gefangene außerhalb des Gefängnisses nach dem Ermessen der Verwaltungsbehörden beschäftigt werden können [4]), denn es wird die Volksmeinung mit Recht darin immer eine öffentliche und entehrende Strafarbeit erblicken. Das allgemein bestimmte Maximum der Gefängnißstrafe kann in einzelnen Fällen in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmung überschritten werden [5]).

§. 128. Die mildeste Form der Freiheitsstrafe ist die Einschließung [1]), welche in einfacher Freiheitsentziehung besteht. Wenn das Gesetz zugleich eine Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise des Gefangenen anordnet, so handelt es sich hier, im Gegensatze zu der als Strafmittel angeordneten Beschäftigung der zum Zuchthaus oder Gefängniß Verurtheilten, lediglich um die Feststellung einer Disciplinargewalt, welcher der zur Einschließung Verurtheilte unterworfen sein soll. Die Strafe der Einschließung wird in Festungen oder anderen besonders dazu bestimmten Räumen vollstreckt, und kann im höchsten Maße die Dauer von zwanzig Jahren nicht übersteigen.

Anmerk. In allen Stadien der Bearbeitung des Strafgesetzbuches

---

4) Gesetz v. 11. April 1854 §. 3.
5) Strafgesetzb. §. 35. 43. 57. 58.
1) Strafgesetzb. §. 13.

ist eine der Festungshaft des A. L. R. entsprechende, ausdrücklich als custodia honesta behandelte Freiheitsstrafe beibehalten worden, und nur darin hat eine Aenderung stattgefunden, daß sie früherhin als ein Surrogat anderer Freiheitsstrafen behandelt wurde, und da zur Anwendung kommen sollte, wo die Standesverhältnisse des Verbrechers die Anwendung der Zuchthausstrafe, als eine ihn ungleich härter als Andere treffenden, zu verbieten schien [2]), wogegen sie im Strafgesetzbuche ohne Rücksicht auf persönliche und Standesverhältnisse für bestimmte Vergehen und Verbrechen angedroht ist, oder in Folge des Vorhandenseins mildernder Umstände an die Stelle der Zuchthausstrafe tritt.

§. 129. Außer den angeführten Freiheitsstrafen kennt das Strafgesetzbuch, ohne ihrer im allgemeinen Theile zu gedenken, noch die Einsperrung in das Arbeitshaus, welche 1) gegen Landstreicherei, qualifizirte Bettelei und Arbeitsscheu [1]) und 2) gegen Weibspersonen, welche den polizeilichen Anordnungen zuwider gewerbsmäßig Unzucht treiben [2]), neben der angeordneten Freiheitsstrafe als Correctionsmittel bis zur Dauer von drei Jahren angewandt werden soll. Die Dauer dieser Einsperrung hängt von dem Ermessen der Landespolizeibehörde ab, wogegen im zweiten Falle die Einsperrung selbst durch das richterliche Urtheil angeordnet werden muß [3]).

§. 130. Die Geldbuße [1]), deren geringster Betrag, soweit nicht durch Specialgesetze ausdrücklich ein Anderes angeordnet wird [2]), ein Thaler ist, kommt theils als ein ausschließliches Strafmittel vor [3]), theils ist sie alternativ mit Gefängnißstrafe angedroht [4]), so daß dem Richter die Wahl bleibt, bei welcher

---

2) Goltdammer a. a. O. S. 96 flg. Temme Lehrb. S. 425.

1) Strafgesetzb. §. 117—120.

2) Ebend. §. 146.

3) Nach der ursprünglichen Fassung des §. 120. sollte dies auch im ersten Falle geschehen, wogegen nach dem Gesetze vom 14. April 1856 im ersten Falle auch die Anordnung der Einsperrung dem Ermessen der Landespolizeibehörde überlassen ist.

1) Strafgesetzb. §. 17.

2) Z. B. Gesetz vom 2. Juni 1852. Vgl. Oppenhoff zu §. 17. n. 2. A. M. Goltdammer a. a. O. S. 193.

3) Z. B. §. 200. 267—269.

4) Z. B. §. 87. 93. 100. 101. 105. 107. 110. 123 u. f. w.

sich derselbe durch Berücksichtigung der geringern Schuld, nicht aber der Vermögensverhältnisse für die erstere entscheiden soll, theils ist sie cumulativ neben Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe angeordnet [5]).

c. Die Nebenstrafen.

§. 131. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte [1]) tritt stets von Rechtswegen ein in Folge der Verurtheilung zur Zuchthausstrafe, und kann außerdem durch das richterliche Urtheil in Verbindung mit der Todesstrafe angeordnet werden. Es umfaßt dieser Verlust 1) den Verlust des Rechts, die preußische National-Kokarde zu tragen; 2) die Unfähigkeit, öffentliche Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu führen oder zu erlangen, so wie den Verlust des Adels; 3) die Unfähigkeit Geschworner zu sein, in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden, oder die aus den öffentlichen Wahlen hervorgegangenen oder andere politische Rechte auszuüben; 4) die Unfähigkeit als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, oder als Zeuge bei der Aufnahme von Urkunden zu dienen; 5) die Unfähigkeit, Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrathes zu sein, es sei denn, daß es sich um die eigenen Kinder handle und die obervormundschaftliche Behörde oder der Familienrath die Genehmigung ertheile; 6) den Verlust des Rechtes, Waffen zu tragen, und die Unfähigkeit, in die Armee einzutreten. Außerdem blieben noch die besonderen gesetzlichen Vorschriften bestehen, durch welche der Verlust noch anderer als der genannten Rechte in Folge der Begehung strafbarer Handlungen angedroht sein sollte, so wie auch die durch die Gesetze angeordneten civilrechtlichen Folgen strafbarer Handlungen sich an die mit Verlust der bürgerlichen Ehre bedrohten Verbrechen anknüpfen. Entlassene Staatsdiener und Gemeindebeamte verlieren die

---

5) Z. B. §. 242. 243. 244. 246. 250—252. 263 u. s. w.
1) Strafgesetzb. §. 12.

ihnen aus der Staatscasse oder einer Gemeindecasse zu zahlenden Pensionen und Gnadengehalte [2]).

Anmerk. Wie völlig ungenügend gerade die Behandlung der Ehrenstrafen in der Strafgesetzgebung des Landrechtes wie in der späteren dieselbe ergänzenden und abändernden Bestimmungen war, ist bereits oben gezeigt worden [3]). Man war daher bei der Redaction des Strafgesetzbuches von Anfang an darauf bedacht dieselbe klarer zu gestalten theils durch Herstellung eines festen Verhältnisses derselben zu anderen Strafarten, theils durch gesetzliche Feststellung der Rechte, welche vermöge der Ehrenstrafe verloren gehen sollten. Hierbei machte jedoch der Umstand besondere Schwierigkeiten [4]), daß man den Verlust der Ehrenrechte als Accessorium an die schwereren Hauptstrafen anknüpfen wollte, während es doch in vielen Fällen durch die Natur der strafbaren Handlung geboten schien eine Ehrenstrafe auch in Fällen eintreten zu lassen, in denen nur eine geringere Hauptstrafe zulässig war, zu welcher eine so schwere accessorische Strafe außer allem Verhältniß stehe. Diese Schwierigkeit fand ihre Lösung erst dann, als man sich bei den Verhandlungen des ständischen Ausschusses entschloß neben den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, die zeitweise Entziehung derselben als eine geringere Ehrenstrafe zu stellen, und diese letztere als Accessorium der geringeren Hauptstrafen zu behandeln. So wenig diese leichtere dem Code pénal entnommene Ehrenstrafe etwa als eine in sich ungerechtfertigte verworfen werden soll, so läßt es sich doch nicht verkennen, daß das Princip: es müsse die Freiheitsstrafe als die Hauptstrafe stets in einem festen Verhältnisse zur Ehrenstrafe als der Nebenstrafe stehen, ein sehr bedenkliches ist. Der Grund davon ist der schon angeführte, daß der Maßstab für beide Strafarten nothwendig ein verschiedener ist, für die Freiheitsstrafe die Größe der Rechtsverletzung, für die Ehrenstrafe die besondere Beschaffenheit der sittlichen Schuld, zwei Momente, die durchaus nicht in einem festen Verhältnisse zu einander stehen. Das Bedenkliche jenes Principes steigert sich dadurch, daß vielfach dieselbe Verbrechensart mit verschiedenartigen Freiheitsstrafen bedroht werden mußte, und warum z. B. der einfache Diebstahl mit einer geringern Ehrenstrafe belegt werden soll, als der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, während doch dieser nur durch die größere Gefährlichkeit, nicht

---

2) Strafgesetzb. §. 23.
3) Band I. S. 216. 253.
4) Vgl. Goltdammer Mat. I. S. 132 flg.

durch eine besondere Beschaffenheit der sittlichen Schuld von jenem sich auszeichnet, ist wahrlich nicht einzusehen.

Was nun näher den besondern Character des Verlustes der bürgerlichen Ehre betrifft, so besteht diese Strafe nicht in einer völligen Entehrung und Ehrlosigkeit, welche folgerecht die absolute Rechtlosigkeit nach sich ziehen müßte, während man diese ganz mit Recht nicht einmal in der abgeschwächten Form des bürgerlichen Todes in das Strafgesetzbuch aufnehmen wollte. Die moderne Strafgesetzgebung mußte sich vor Allem von den römischrechtlichen Grundsätzen über die Ehre und den Verlust der Ehre, die auf ganz anderen Voraussetzungen beruhen, frei machen. Im römischen Rechte ist die Ehre ein wesentlich staatsbürgerliches Gut, das dem Staatsbürger als solchem nicht als freier menschlicher Persönlichkeit zukommt, und über welches darum das Gesetz und die Staatsgewalt eben so frei und vollständig verfügen kann, wie der Bürger seine Ehre eben nur vom Staate nicht durch sich selbst empfängt. Vom Standpunkte unserer Anschauung aus ist dagegen die Ehre ein dem innersten Wesen der Persönlichkeit angehörendes Gut, das diese nur sich selbst geben und nehmen kann, und über welches an sich der Staat nicht zu verfügen vermag. Dagegen ist der Staat ebenso berechtigt wie verpflichtet die Ausübung bestimmter bürgerlicher Rechte, für welche der volle Besitz der Ehre von besonderm Interesse erscheint, von der Voraussetzung desselben abhängig zu machen, und darum durch richterliches Urtheil die Thatsache zu constatiren, daß dasjenige Maß der Ehrenhaftigkeit, welches die Ausübung jener Rechte erfordert, ihm nicht mehr vorhanden zu sein scheint. Mit anderen Worten: es kann der Staat zur Strafe zwar Rechte nicht aber die Ehre selbst entziehen, und welchen Einfluß die Entziehung dieser Rechte auf die Ehre selbst haben wird, das hängt wesentlich von dem sittlichen Urtheile der öffentlichen Meinung ab, der gegenüber in dieser Beziehung der Staat machtlos ist. Wenn daher das preußische Strafgesetzbuch von einem Verluste der bürgerlichen Ehre spricht, so kann dieser Ausdruck um so weniger gebilligt werden, als es durch die näheren Bestimmungen des §. 12. selbst angiebt, daß es sich nur um den Verlust von Rechten handelt. Was nun näher die einzelnen hier angeführten Rechte betrifft, so erscheint 1) der Verlust des Rechtes die Nationalkokarde zu tragen, nicht sowohl als der eines besondern Rechtes neben allen anderen, sondern vielmehr als der allgemeine Ausdruck und die symbolische Bezeichnung für den Verlust der Ehrenrechte [5]). 2) Unter einem öffentlichen Amte ist jedes zu verstehen,

5) Die Verhandlungen darüber bei Goltdammer Mat. I. S. 136.

das eine obrigkeitliche Gewalt verleiht, gleichviel ob es vom Staate, von einer politischen Corporation oder einem im Besitze obrigkeitlicher Rechte sich befindenden Grundherrn verliehen ist[6]). Ebenso gehört dahin das Amt desjenigen, welchem zwar keine obrigkeitliche Gewalt übertragen ist, der aber in rechtlicher Beziehung durch das Gesetz dem öffentlichen Beamten gleichgestellt ist, z. B. der Lehrer einer öffentlichen Lehranstalt. Würden und Titel sind besonders namhaft gemacht, weil sie nach den bestehenden Einrichtungen auch unabhängig von einem wirklich bekleideten Amte vorkommen, und zu ersteren gehören namentlich die academischen Würden des Licentiaten und Doctors[7]). Bei dem Verluste der Orden und Ehrenzeichen findet ebenso wie bei dem der Würden und Titel ein Unterschied der inländischen und ausländischen nicht statt[8]). Die in manchen Punkten zweifelhaften civilrechtlichen Folgen des Verlustes des Adels sind hier nicht zu erörtern. 3) Zu den öffentlichen Angelegenheiten, in welchen die mit dem Verluste der bürgerlichen Ehre Bestraften das Recht zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden, verlieren, gehören nach der Natur der Sache wie nach der Absicht, von welcher man bei der Redaction ausging[9]), die Staatsangelegenheiten, und die aller der Corporationen, welche durch die Gesetzgebung einen öffentlich-rechtlichen Character erhalten haben, nicht die Angelegenheiten rein privatrechtlicher Vereinigungen, denen etwa Corporationsrechte verliehen sind. Auch entspricht es der verfassungsmäßigen Stellung der Kirche durchaus nicht, wenn man deren Angelegenheiten hierher rechnen will[10]), da über die Frage: wer in der kirchlichen Gemeinde die Ehrenrechte auszuüben habe, lediglich die kirchliche Gesetzgebung und die kirchlichen Organe zu entscheiden haben. Der Verlust der unter 4) und 5) angeführten Rechte ist erst in den Entwurf von 1850 aus dem Code pénal aufgenommen worden. 6) Der Verlust des Rechtes Waffen zu tragen bezieht sich nur auf den Fall, daß etwa Civilpersonen dieses Recht für irgend welche öffentliche Zwecke zustehen oder übertragen werden

---

6) Goltdammer a. a. O. S. 138. 169.

7) Mit der Doctorwürde verlieren die Aerzte zugleich die Concession zur ärztlichen Praxis, Gewerb.-O. vom 17. Januar 1845 §. 71. und Strafgesetzb. §. 174.

8) Goltdammer a. a. O. S. I. S. 144. 169. Daß der Verurtheilte ausländische Titel und Orden im Auslande wird führen können, ist freilich richtig, Temme Gl. S. 73. Lehrb. S. 440; es steht dies aber dem Umstande, daß eine jede zuerkannte Strafe nur im Inlande wirksam ist und hier ausgeführt werden kann, völlig gleich.

9) Goltdammer Mat. I. S. 173.

10) So Goltdammer a. a. O. Oppenhoff zu §. 12. N. 14.

sollte. Der Verlust aller dieser Rechte tritt mit dem Tage ein, an welchem das Urtheil rechtskräftig wird, und seine Wirkung erstreckt sich auf die ganze Lebenszeit.

§. 132. Die Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit unterscheidet sich von dem Verluste der bürgerlichen Ehre dadurch, daß die Unfähigkeit die im vorigen Paragraphen genannten Rechte auszuüben eine zeitlich beschränkte ist, indem sie mindestens für ein Jahr und höchstens für zehn Jahr ausgesprochen werden kann, wogegen in Folge derselben der Verlust der aus früheren Wahlen für den Verurtheilten hervorgegangenen Rechte, so wie der Verlust der öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden, Ehrenzeichen und des Adels ein lebenslänglicher ist. Entlassene Staatsdiener und Gemeindebeamte gehen zugleich durch diese Strafe der ihnen aus der Staats- oder Gemeindecasse zu zahlenden Pensionen und Gnadengehalte verlustig. Die Wirkungen der Strafe beginnen mit der Rechtskraft des Urtheils, in welchem sie ausgesprochen wurde, wogegen ihre durch das Urtheil bestimmte Dauer erst von dem Tage an berechnet wird, an welchem die daneben erkannte Freiheitsstrafe verbüßt ist. Sie kommt nur in Verbindung mit der Gefängnißstrafe vor, und zwar entweder so, daß der Richter sie erkennen muß, oder nach seinem Ermessen erkennen kann.

Anmerk. Die Aufnahme einer zeitlich beschränkten Ehrenstrafe in die Strafgesetzgebung empfiehlt sich in hohem Grade zunächst darum, weil man auf Ehrenstrafen nie wird völlig verzichten können und dürfen, und weil es unter solcher Voraussetzung als ein großer Gewinn für eine gerechte Strafzumessung erscheinen muß, wenn auch die Ehrenstrafe einen quantitativen Unterschied zuläßt. Es könnte hierbei nur die Frage entstehen, ob eine solche quantitative Verschiedenheit der Ehrenstrafe nicht vielleicht dem eigenthümlichen Wesen derselben widerspricht? wie solche Bedenken allerdings bei den Verhandlungen der Staatsraths-Commission von 1847 geltend gemacht worden sind [1]). Man würde aber eine zeitlich beschränkte Ehrenstrafe allerdings verwerfen müssen, wenn die Bedeutung der

---

1) Goltdammer Mat. I. S. 133.

Ehrenstrafe überhaupt die wäre, daß durch sie der Verurtheilte für entehrt erklärt würde. In solchem Falle könnte durch das richterliche Urtheil mehr nicht geschehen, als daß die Entehrung ausgesprochen würde, während ihre Wirkung und die zeitliche Ausdehnung derselben lediglich dem Urtheile der öffentlichen Meinung anheimfallen müßte, da es widersinnig sein würde, dieser vorschreiben zu wollen, den Verurtheilten für eine bestimmte Zeit als entehrt und sodann wieder als ehrenhaft anzusehen. Hier aber handelt es sich um eine Entziehung von Rechten, die allerdings ihren Grund darin hat, daß der Verurtheilte in seiner Handlungsweise eine unehrenhafte Gesinnung kund gegeben hat, die sich aber vollkommen eignet als ein selbständiges seinem Zwecke entsprechendes Strafübel behandelt zu werden, und durchaus nicht auf der Fiction beruht, daß das Urtheil der öffentlichen Meinung über die Ehre des Gestraften mit dem des Gerichtes identisch sei, oder daß jenes sich durch dieses bestimmen lasse. So wie es aber anerkannt ist, daß die Ehrenstrafe in der Entziehung von Ehrenrechten besteht, d. h. in der Entziehung solcher Rechte, welche entweder Jemandem zu dem Zwecke beigelegt sind, um ihn zu ehren, oder welche anderen Zwecken dienend, für ihre Ausübung ganz vorzüglich eine ehrenhafte Gesinnung erfordern, so ist damit ein quantitativer Unterschied der Ehrenstrafe nicht bloß möglich, sondern auch nothwendig, um damit dem durchaus verschiedenen Maße, in welchem sich der Verurtheilte durch seine That an seiner eignen Ehre vergangen hat, entsprechen zu können. Wenn man es als eine Inconsequenz gerügt hat, daß diese zeitlich beschränkte Ehrenstrafe dennoch einige der betreffenden Ehrenrechte nicht für beschränkte Zeit, sondern für immer entziehe [2]), so kommt hiergegen doch wesentlich in Betracht, daß auch rücksichtlich dieser Rechte die beiden Ehrenstrafen sich durchaus nicht gleichstehen, indem die zeitige Untersagung der Ehrenrechte die Fähigkeit übrig läßt nach Beendigung der Strafzeit die verlornen Rechte wieder zu erwerben, während der Verlust der bürgerlichen Ehre diese für immer nimmt. Daß aber Rechte, welche gerade eine besondere Ehrenauszeichnung des Bestraften bezwecken, nach Beendigung der Strafzeit nicht von selbst wieder aufleben, sondern, um sie zu üben, von Neuem erworben werden müssen, rechtfertigt sich von selbst, und ebenso nimmt das öffentliche Amt und die Ausübung des aus öffentlicher Wahl hervorgegangenen politischen Rechtes ein Maß der sittlichen Würde und des begründeten Vertrauens in sie in Anspruch, daß es nach Ablauf der Strafzeit nicht unbedingt als vorhanden vorausgesetzt werden darf.

---

2) Goltdammer a. a. O. Temme Lehrb. S. 434.

§. 133. Ohne daß sie im allgemeinen Theile des Strafgesetzbuches als eine selbständige Strafe erwähnt wird, kommt in zwei Fällen[1]), in Verbindung mit der Einschließung, noch die Strafe des Verlustes der Fähigkeit öffentliche Aemter zu führen oder zu erlangen, Geschworner zu sein, in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden, oder die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte auszuüben, vor.

§. 134. Nur gegen öffentliche Beamte findet die Strafe der zeitigen Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter statt, und zwar auf die Dauer von einem bis zu fünf Jahren[1]). Während sie nach den gesetzlichen Bestimmungen in einzelnen Fällen erkannt werden muß[2]), ist sie in anderen dem richterlichen Ermessen überlassen[3]). Insofern diese Strafe mit einer Freiheitsstrafe verbunden ist, wird ihre Dauer von dem Tage an gerechnet, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt ist. Während sie selbst im Urtheile ausdrücklich auszusprechen ist, zieht sie zugleich für den Verurtheilten den Verlust des Amtes, das er bis dahin inne hatte, von Rechtswegen nach sich.

§. 135. Nur bei einzelnen Verbrechen muß oder kann, wenn in demselben zugleich die Verletzung einer besonderen durch das Amt, den Betrieb einer Kunst oder eines Gewerbes auferlegten Pflicht enthalten ist, die Unfähigkeit zu der Bekleidung dieses bestimmten Amtes, oder zum selbständigen Betriebe der bisher geübten Kunst oder des bisher betriebenen Gewerbes ausgesprochen werden[1]). Diese Unfähigkeit ist bei Eisenbahn- und Telegraphenbeamten eine immerwährende, in anderen Fällen kann sie für immer oder für bestimmte Zeit, und zwar höchstens für die Dauer von fünf Jahren ausgesprochen werden.

§. 136. Als accessorische Vermögensstrafe findet die Kon-

---

1) Strafgesetzb. §. 63. 64.

1) Strafgesetzb. §. 25.
2) §. 98. 99. 328. 330.
3) §. 309. 315—317. 320—322. 326. 327.

1) Strafgesetzb. §. 184. 203. 299.

fiscation einzelner Gegenstände statt [1]), und zwar derjenigen, welche durch das Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht oder zur Begehung desselben gebraucht oder bestimmt worden sind, sofern sie dem Thäter oder einem Theilnehmer der That gehören. Bei Schriften, Abbildungen, Darstellungen, welche den Thatbestand einer strafbaren Handlung ergeben, tritt an die Stelle der Konfiscation die Vernichtung derselben, so wie der zugehörigen Platten und Formen, die entweder eine vollständige oder theilweise ist.

Anmerk. Die Konfiscation des ganzen Vermögens ist in den verschiedenen Stadien der Redaction des Strafgesetzbuches sehr vielfach besprochen und schließlich bei den Verhandlungen des ständischen Ausschusses durchaus verworfen worden [2]). Die Konfiscation beschränkt sich demnach auf einzelne Gegenstände und zwar diejenigen, welche durch die verbrecherische Thätigkeit hervorgebracht oder zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt worden sind. Der Grundsatz, daß aber auch diese Gegenstände nur dann konfiscirt werden können, sofern sie dem Thäter oder einem Theilnehmer der That gehören, erleidet eine Ausnahme bei Jagdvergehen und bei Steuerdefraudationen [3]). Mit Recht ist übrigens auf die ungenügende Fassung des zweiten Absatzes des §. 19. hingewiesen worden, da dieselbe dem Richter im concreten Falle mannigfache Zweifel über die zu konfiscirenden Gegenstände lassen wird [4]). Da die Konfiscation eine Strafe ist, so kann sie nicht erfolgen, wenn der Angeschuldigte als unzurechnungsfähig freigesprochen wird, wogegen die angeordnete Vernichtung von Schriften, Abbildungen und Darstellungen auch in solchem Falle stattfinden muß, weil sie die Beseitigung der schändlichen Wirkung dieser Dinge und nicht bloß die Strafe bezweckt [5]).

§. 137. Der wegen Hochverraths oder Landesverrathes zum Tode oder zu lebenslänglichem Zuchthaus rechtskräftig Verurtheilte verliert die Fähigkeit, über sein Vermögen unter Lebenden und von Todeswegen zu verfügen [1]).

---

1) Strafgesetzb. §. 19.
2) Goltdammer Mat. I. S. 121—123.
3) Strafgesetzb. §. 277. Gesetz v. 30. Mai 1820 §. 40. Gesetz v. 28. April 1824 §. 26. Gesetz v. 23. Januar 1838 §. 20.
4) Temme Lehrb. §. 452. Goltdammer a. a. O. S. 196. Vgl. die Urtheile bei Oppenhoff zu §. 19. N. 1—5.
5) Oppenhoff a. a. O. N. 8—9.
1) Strafgesetzb. §. 73.

§. 138. Alle Strafurtheile, in welchen auf Todesstrafe, auf Zuchthaus oder auf Einschließung von mehr als fünf Jahren erkannt wird, sollen im Auszuge durch das Amtsblatt des Bezirkes, in welchem das erkennende Gericht seinen Sitz hat, öffentlich bekannt gemacht werden [1]. Diese Bekanntmachung muß in den angegebenen Fällen, auch ohne im Urtheile ausgesprochen zu sein, von Rechtswegen erfolgen. In einigen anderen Fällen ist durch das Urtheil dem Verletzten die Befugniß zu ertheilen, das Urtheil öffentlich bekannt zu machen [2].

§. 139. Eine Strafe, die vorwiegend allerdings den Zweck der Sicherung gegen den Verbrecher hat, ist die Stellung unter Polizeiaufsicht [1], welche auf die Dauer von einem bis zu zehn Jahren erkannt werden soll. Die Wirkungen der Strafe beginnen mit der Rechtskraft des Urtheils, wogegen die Dauer derselben erst von dem Tage an gerechnet wird, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt ist. Die Wirkungen selbst sind folgende: 1) es kann dem Verurtheilten der Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten von der Landespolizei-Behörde untersagt werden; 2) Haussuchungen unterliegen keiner Beschränkung hinsichtlich der Zeit, zu welcher sie stattfinden dürfen. 3) Gegen diejenigen, welche wegen Diebstahls, Raubes oder Hehlerei verurtheilt und unter Polizeiaufsicht gestellt worden sind, kann die Ortspolizei-Behörde die Aufsicht dahin erweitern, daß dieselben während der Nachtzeit ihren Wohnort und selbst ihre Wohnung ohne Erlaubniß nicht verlassen dürfen. Gegen Ausländer ist betreffenden Falles anstatt der Stellung unter Polizeiaufsicht, so wie anstatt der Einsperrung in ein Arbeitshaus, auf Landesverweisung zu erkennen.

Anmerk. Schon in dem Entwurfe von 1834 waren im Hinblick auf die betreffenden Bestimmungen des Code pénal Vorschriften über die Stellung unter Polizeiaufsicht aufgenommen worden, und noch vor dem Erscheinen des Strafgesetzbuches wurde sie durch das Gesetz vom 12. Fe-

---

1) Strafgesetzb. §. 30.
2) Strafgesetzb. §. 134. 163.
1) Strafgesetzb. §. 26–29.

bruar 1850 angeordnet. Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind aber durch das Strafgesetzbuch zum größten Theile wieder aufgehoben worden, wie denn auch die Wirkungen, welche der Code pénal der Stellung unter Polizeiaufsicht beilegt, hier sehr wesentlich beschränkt erscheinen. Ist nun auch die Sicherung gegen den als gefährlich erscheinenden Verbrecher augenscheinlich ihr wesentlicher Zweck, so ist sie doch in ihrer Wirkung ein Strafübel und vom Strafgesetzbuche als solches behandelt. Es besteht in einer Freiheitsbeschränkung, die nur dadurch eigenthümlich ist, daß das Maß, in welchem sie thatsächlich geübt wird, von dem an die gesetzlichen Bestimmungen gebundenen Ermessen der Polizeibehörden abhängt [2]). Weiter gehende Beschränkungen der individuellen Freiheit aufzuerlegen ist die Polizeibehörde nicht befugt, wonach also auch die Nichtbeachtung solcher Beschränkungen nicht strafbar sein kann [3]).

II. Die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen.

1. Die Strafzumessung und Strafverwandlung.

§. 140. Die Aufgabe der Strafgesetzgebung ist es zunächst den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens festzustellen, soweit derselbe einer Feststellung durch Rechtsgesetze bedarf. Ergeben sich die Momente des allgemeinen Thatbestandes daraus, daß das Verbrechen in formeller Beziehung als zurechenbare Handlung, in materieller Beziehung als Bruch des Rechtes und als sittliche Schuld aufgefaßt wird, so folgt, daß er nur in sehr beschränkter Beziehung der Normirung durch das Rechtsgesetz bedarf, da er vorwiegend durch ethische Gesetze bedingt wird, welche wissenschaftlich zu entwickeln sind, über welche aber an sich die Gesetzgebung des Staates nicht verfügen kann. Gleichwohl wird die Strafgesetzgebung nicht umhin können von einer bestimmten Auffassung jener ethischen Gesetze, die ihre Voraussetzung und Grundlage bilden, auszugehen, und wird sie darum auch insoweit in

---

2) Vgl. Temme Lehrb. §. 92. Goltdammer a. a. O. S. 220.
3) Vgl. die Urtheile bei Oppenhoff zu §. 27.

die Form einer positiv-rechtlichen Satzung fassen müssen, als es darauf ankommt sie, schwankenden Auffassungen der Doctrin gegenüber, zu fixiren. Als ein besonderes Verdienst der preußischen Strafgesetzgebung ist es anzuerkennen, daß sie sich rücksichtlich des allgemeinen Thatbestandes des Verbrechens auf das entsprechende Maß positiver Satzungen beschränkt, und der Wissenschaft das ihr gebührende Maß der freien Bewegung möglichst unverkürzt bewahrt hat. Ihre bedeutsamste Aufgabe findet die Strafgesetzgebung in der Feststellung sowohl des besondern Thatbestandes der verschiedenen Arten des Verbrechens, als der ihnen entsprechenden Art und Maßbestimmtheit der Strafe. In beiden Beziehungen ist die wichtigste Rücksicht die, daß das einzelne Verbrechen nothwendig einen eigenthümlichen, individuell bestimmten Thatbestand hat, der als solcher nie in die Form des Gesetzes, das wesentlich ein allgemeines ist, gefaßt werden kann. Daraus folgt einerseits, daß der besondere Thatbestand der Verbrechen nothwendig vom Gesetz in derjenigen Allgemeinheit zu fassen ist, welche es möglich macht alle concreten Formen dieses Verbrechens unter denselben zu subsumiren, andrerseits daß die Strafbestimmung von der Art sei, um sie im concreten Falle dem individuell verschiedenen Maße der verbrecherischen Schuld anpassen zu können. Die Feststellung des individuellen Thatbestandes eines Verbrechens, die Subsumtion desselben unter den gesetzlich normirten besondern Thatbestand der entsprechenden Verbrechensart, und die Zuerkennung des im concreten Falle verwirkten Strafmaßes, ist die Aufgabe der Strafrechtspflege.

§. 141. Bei der Handhabung der Strafrechtspflege bildet demnach das Gesetz die Norm für die Thätigkeit des Richters, welcher er sich nach keiner Seite hin zu entziehen befugt ist. Dennoch ist die Thätigkeit des Richters keine mechanische, denn kommt es rücksichtlich des Thatbestandes wie der Strafe des Verbrechens wesentlich darauf an das Einzelne unter das Allgemeine zu subsumiren, so handelt es sich um eine freie Denkthätigkeit, ein freies Ermessen des Richters. Ein freies ist dieses Ermessen in dem Sinne, daß es sich innerhalb eines ihm gewährten Spielraumes bewegt, in welchem ihm die Gründe der Entscheidung nicht un-

mittelbar durch das Gesetz dargeboten werden. Keineswegs aber ist das richterliche Ermessen jemals ein regelloses, denn einerseits ist es an die Gesetze des vernünftigen Denkens gebunden, andrerseits sind ihm durch das Rechtsgesetz nicht bloß die äußeren Grenzen seiner Bewegung gezogen, sondern es soll auch durch die Art der Begrenzung seine Bewegung innerhalb derselben bedingt und bestimmt werden.

§. 142. Das richterliche Ermessen ist in Betreff der Feststellung der Strafe völlig ausgeschlossen, falls die vom Gesetze angeordnete Strafe eine absolut bestimmte ist [1]). Die Voraussetzung der absolut bestimmten Strafe, von welcher das preußische Strafrecht einen möglichst beschränkten Gebrauch gemacht hat, ist im Sinne des Gesetzgebers nothwendig ein solches Maß der Schuld, daß ihm gegenüber alle Unterschiede derselben, welche sich aus der individuellen Gestaltung des einzelnen Falles ergeben, als bedeutungslos verschwinden, so daß auch vom Standpunkte des Gesetzes aus ein Bedürfniß von der absolut bestimmten Strafe abzuweichen nicht anerkannt werden darf. Es ist nach preußischem Strafrechte das richterliche Ermessen ferner ausgeschlossen in Betreff der anzuwendenden Art der Hauptstrafen. Nur die Geldstrafe ist eine alternativ angedrohte, und zwar soll bei der Wahl zwischen Freiheitsstrafe und Geldbuße die letztere als die an sich mildere, und darum in den milderen Fällen anzuwendende betrachtet werden [2]). Die Anwendung der Nebenstrafen ist dagegen nur zum Theile eine vom Gesetz absolut bestimmte, zum Theile eine facultative, jedoch immer nur in der Art, daß dann dem Richter die Wahl zwischen der Anwendung oder Nichtanwendung, nicht aber zwischen verschiedenen accessorischen Strafen gelassen wird.

§. 143. Bei den relativ bestimmten Strafen, die im preußischen Strafrechte in den bei weitem meisten Fällen angeordnet

---

1) Bei der Todesstrafe läßt das Strafgesetzbuch §. 7. ein richterliches Ermessen insofern zu, als in einzelnen Fällen mit derselben der Verlust der bürgerlichen Ehre verbunden werden kann, in anderen damit verbunden werden muß.

2) Strafgesetzb. §. 18. Goltdammer Mat. I. S. 193.

sind, bleibt es dem Ermessen des Richters überlassen, nachdem er sich das im concreten Falle obwaltende Maß der Schuld vergegenwärtigt hat, innerhalb der gesetzlichen Grenzen die entsprechende Strafe zuzumessen. Diese Grenzen sind im Strafgesetzbuche selbst, stets nach beiden Seiten, der des Maximum wie des Minimum, bestimmte, denn, insofern im besonderen Strafgesetze die Grenze nach der einen oder andern Seite nicht bestimmt ist, treten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über das Maximum und Minimum der betreffenden Strafart als entscheidend ein. Was aber die Gründe betrifft, durch welche das richterliche Ermessen bei der Zumessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen bestimmt wird, so sind diese hier nicht besonders zu erörtern. Entweder sind es solche, welche dem allgemeinen Thatbestande des Verbrechens entnommen werden, und welchen Einfluß die Gestaltung desselben auf das Maß der Schuld und darum der Strafe ausübt, ist bereits oben bei der Darstellung der betreffenden Lehren erörtert worden. Oder sie gehören dem besondern Thatbestande der Verbrechensart an, und sind dann gehörigen Orts im besondern Theile des Systemes zu entwickeln. Oder endlich sie ergeben sich aus einer rein dem individuellen Thatbestande des concreten Verbrechens angehörenden Combination der Schuldmomente, und in diesem Falle kann das Streben das rein Individuelle unter allgemeine Gesichtspunkte zu bringen, nur zu einer verwirrenden und nie zu erschöpfenden Casuistik führen.

Anmerk. Von den Gründen der Strafzumessung als von einer besondern strafrechtlichen Lehre handeln zu wollen, ist ein durchaus widersinniges Unternehmen. Wer über diese Gründe belehrt sein will, der muß auf das ganze System der Strafrechtswissenschaft verwiesen werden, das in seinem allgemeinen wie besondern Theile gerade die Aufgabe hat, die Normen zu entwickeln, durch welche das Maß der Schuld und Strafe bestimmt wird. Insoweit aber für die Beurtheilung des concreten Falles die Strafrechtswissenschaft selbst nicht ausreichen will, muß auf deren Hilfswissenschaften, wie Ethik, Psychologie u. s. w. zurückgegangen werden. Soviel daher auch in der Doctrin von der Strafzumessung die Rede gewesen ist, so ist es doch unmöglich von einer dogmengeschichtlichen Entwickelung

dieser Lehre zu sprechen [1]), denn sie erscheint der Natur der Sache nach als eine durchaus willkürliche Compilation einzelner aus dem systematischen Zusammenhange gerissener Normen, denen es darum auch an jeder eigentlich wissenschaftlichen Begründung mangelt. Die Bemühungen der Doctrin eine solche Lehre zu entwickeln, hatten ihren nächsten Grund in dem Zustande der gemeinrechtlichen Strafgesetzgebung. Nachdem im 18. Jahrhundert die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis mit den Strafmitteln und Strafmaßen der Carolina vollständig gebrochen hatte, war dem richterlichen Ermessen in Betreff der Strafzumessung freilich ein so großer Spielraum gewährt, daß es nothwendig erscheinen mußte das zur Willkür gewordene Ermessen wiederum an feste Normen zu binden. Die Doctrin aber unternahm das Unmögliche, wenn sie es versuchen wollte eine Aufgabe zu lösen, die vor allem der Mitwirkung der Strafgesetzgebung bedurfte. Daß auch die Strafgesetzgebung, als sie endlich einschritt, es als ihre Aufgabe betrachtete die Lehre von der Strafzumessung abgesondert in umfangreicher Weise zu behandeln, erklärt sich genügend aus der Erinnerung an den vorangegangenen unheilvollen Zustand und dem daraus erwachsenden Bestreben das richterliche Ermessen, weit über das richtige Maß hinaus, beschränken zu wollen, wie dies besonders bei der Strafgesetzgebung des preußischen A. L. R. hervortrat [2]). Die neuere, das richterliche Ermessen auf ein beschränkteres Maß zurückführende, Gesetzgebung hat es ganz von selbst bewirkt, daß die abgesondert behandelte Lehre von der Strafzumessung an Umfang und Bedeutung sehr viel verloren hat, aber immer noch kann es durchaus nicht gebilligt werden, wenn man, um Material für diese Lehre zu gewinnen, den Einfluß, welchen die Unterschiede der Zurechnung auf das Maß der Schuld und Strafe ausüben, nicht in Verbindung mit diesen Unterschieden selbst, sondern davon losgelöst in einem besondern Capitel über die Strafzumessung erörtert [3]). Dagegen könnte die Doctrin für die Strafzumessung mehr leisten als bisher geschehen ist, wenn sie, wie schon oben erwähnt wurde [4]), im allgemeinen Theile sich nicht so vorwiegend auf die formelle Zurechnung beschränkte, sondern auch der materiellen eine größere Aufmerksamkeit zuwendete. Auch die Strafgesetz-

---

1) Was davon etwa zu erwähnen wäre, davon wird weiter unten bei der Lehre von der Strafschärfung und Strafmilderung die Rede sein.

2) Vgl. das Nähere oben Bd. I. S. 203. 206.

3) Feuerbach Revis. II. Lehrb. §. 102—125. Grolman Begründung des Strafr. Cap. 3. S. 118 flg. Marezoll §. 47 flg.

4) §. 56. 80. Anmerk.

gebung des 19. Jahrhunderts hat geglaubt sich der gesetzlichen Feststellung von Gründen der Strafzumessung nicht völlig entziehen zu können[5]), und hat dabei theils solche Gründe angegeben, die einer besondern Aufzählung nicht bedürfen, weil sie sich aus den allgemeinen Grundsätzen der Zurechnungslehre ergeben und dort ihre Normirung erhalten müssen, theils solche Gründe, welche der casuistischen Betrachtung concreter Fälle entnommen sind, und darum meist nur beispielsweise ohne den Anspruch ihrer ausschließlichen Berücksichtigung aufgeführt werden konnten. In gleicher Weise hatten die Entwürfe des preußischen Strafgesetzb..ches von 1827 bis 1843 es versucht eine Reihe allgemeiner Strafzumessungsgründe gesetzlich festzustellen, bis man denselben, in Folge des allgemeinen Widerspruches den er erfuhr, seit der Revision von 1845 gänzlich aufgab[6]).

§. 144. Hat das Gesetz die Strafe unbestimmt gelassen, ein Fall den das preußische Strafgesetzbuch nicht kennt, so ist es die wesentliche Aufgabe des Richters die Grenzen innerhalb deren sich sein Ermessen zu bewegen hat, selbst dadurch zu bestimmen, daß er, nach Feststellung des Thatbestandes, das fragliche Verbrechen durch Vergleichung mit dem Thatbestande und dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Maße der Schuld anderer Verbrechen, dem Systeme der Strafgesetzgebung am entsprechenden Platze einordnet. Erscheint in solcher Weise nach beiden Seiten hin das Maß der Schuld und Strafe durch das der angrenzenden Verbrechen bestimmt, dann ist innerhalb dieser Grenzen die Strafe ebenso wie bei den relativ bestimmten Strafgesetzen zuzumessen, wobei jedoch niemals ein der Strafgesetzgebung überhaupt unbekanntes Strafmittel gewählt werden kann.

Anmerk. In besonderer Beziehung auf das unbestimmte Strafgesetz hatte Feuerbach seine eigenthümlichen Grundsätze von der Strafzumessung, die auch auf die Gesetzgebung von bedeutsamem Einflusse gewesen sind, entwickelt. Während er zuerst davon ausging bei der Anwendung des unbestimmten Strafgesetzes den Richter dem Gesetzgeber gleich zu stel-

---

5) Bayersch. Strafgesetzb. §. 91—94. Würtemb. Stragesetzb. §. 107—111. Braunschweig Sgb. §. 63—66. Großh. Hess. Strafgesetzb. §. 118—122. Badisch. Strafgesetzb. §. 150—158.

6) Beseler Komment. S. 23—29. Goltdammer Mat. I. S. 395 flg. S. 444.

len, „so daß dieselben Prinzipien, welche der Strafgesetzgebung zum Grunde liegen, auch das richterliche Urtheil bei Festsetzung der arbiträren Strafen bestimmen" sollten [1]), fügte er später die Beschränkung hinzu, daß der Richter nur insoweit auf solche allgemeine philosophisch zu entwickelnde Normen der Strafzumessung zurück zu gehen habe, als nicht durch das positive Recht selbst ihm Entscheidungsnormen an die Hand gegeben werden [2]). Jener ältern Auffassung gegenüber erschienen die Angriffe, welche sie erfuhr [3]), allerdings gerechtfertigt, wenn man es ignoriren wollte [4]), daß der factische Zustand des gemeinen Rechtes den Richter wirklich in die Lage versetzt hatte in Betreff der Strafzumessung als Gesetzgeber zu verfahren. Unter der beigefügten Beschränkung aber ist die Feuerbachsche Ansicht die ganz richtige, da nach dem Früheren die Gründe der Strafzumessung freilich nicht alle durch die Gesetzgebung festgestellt werden können und sollen, sondern zum großen Theile nur wissenschaftlich zu entwickeln sind [5]). Damit aber erscheint immerhin die Art, wie Feuerbach die Lehre von der Strafzumessung behandelt, noch durchaus nicht gerechtfertigt.

§. 145. Im Falle der physischen oder rechtlichen Unmöglichkeit des Vollzuges der gesetzlichen Strafe hat der Richter, so weit es ihm das Gesetz gestattet, die verwirkte Strafe zu verwandeln, d. h. ihr eine qualitativ verschiedene aber quantitativ gleiche zu substituiren. Das preußische Strafrecht hat sowohl die Fälle angegeben, in welchen eine Strafverwandlung zulässig und geboten ist, als auch die Normen, nach welchen sie vorgenommen werden soll, woraus sich also der Grundsatz ergiebt, daß, wenn noch andere Fälle der Unmöglichkeit des Strafvollzuges vorkommen, die unausführbare Strafe, ohne einen weitern Einfluß zu äußern, nicht vollzogen wird. Die Fälle, in denen eine Strafverwandlung vorgenommen werden soll, sind die folgenden.

---

1) Feuerbach Revis. II. S. 201 flg. Ihm folgte Grolman Begründ. des Strafr. S. 118 flg. Eine ähnliche Auffassung fand sich übrigens schon früher bei Kleinschrod II. §. 133 flg.

2) Lehrb. §. 102 a. b.

3) Thibaut Critik der Feuerb. Theorie S. 30 flg. Henke krim. Verf. I. S. 101 flg. Martin §. 58 flg. Roßhirt Lehrb. §. 93.

4) Wie dies Feuerbach Lehrb. §. 102 b. Note 6 selbst sehr richtig geltend macht.

5) Vgl. Köstlin Syst. §. 141.

1. Eine Geldbuße, welche wegen Unvermögens des Verurtheilten nicht beigetrieben werden kann, soll in Freiheitsstrafe verwandelt werden [1]). Nur in den Fällen, in welchen die Geldstrafe neben einer Zuchthausstrafe ausgesprochen wurde, darf sie in Zuchthausstrafe verwandelt werden, und zwar in der Weise, daß nach den gesetzlichen Normen sie zunächst in eine Gefängnißstrafe, und diese dann in Zuchthausstrafe verwandelt wird [2]). In allen anderen Fällen kann die Geldstrafe nur in Gefängnißstrafe verwandelt werden, wofür der gesetzliche Maßstab der ist, daß eine Gefängnißstrafe von einem Tage der Geldstrafe von einem Thaler bis zu drei Thalern gleich zu achten ist [3]). Die Dauer der zu substituirenden Gefängnißstrafe soll nie weniger als einen Tag und nie mehr als vier Jahre betragen. Uebrigens erfolgt diese Verwandlung sowohl dann, wenn die ganze Geldstrafe, wie wenn nur ein Theil derselben nicht beizutreiben ist [4]). Dem Verurtheilten steht es auch nach erfolgter Umwandlung frei sich der Gefängnißstrafe durch Zahlung der Geldstrafe zu entziehen [5]). Nach denselben Grundsätzen muß die Geldstrafe nöthigenfalls in Gefängnißstrafe verwandelt werden, falls sie im Gesetze alternativ angedroht war, selbst wenn dann die substituirte Gefängnißstrafe unter dem Minimum der im Gesetz angedrohten bleiben sollte, weil nämlich in den Fällen einer solchen alternativen Strafandrohung das Gesetz die Gefängniß- und die Geldstrafe nicht als quantitativ gleiche hat neben einander stellen, sondern die letztere für leichtere Fälle des fraglichen Vergehens anordnen wollen [6]).

2. Wenn im Falle der Concurrenz von Verbrechen verschiedenartige Freiheitsstrafen verwirkt sind, so muß eine Strafver-

---

1) Strafgesetzb. §. 17.

2) Strafgesetzb. §. 17. 16. Goltdammer Mat. I. S. 190. Beseler Komment. S. 119.

3) Einen andern Maßstab enthält das Gesetz über den Holzdiebstahl vom 2. Juni 1852 §. 12. Ueber das Verfahren bei der Umwandlung vgl. Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 132.

4) Temme Lehrb. S. 511.

5) Temme a. a. O. S. 512. Vgl. Oppenhoff zu §. 17. n. 11.

6) Goltdammer Mat. I. S. 191. Temme a. a. O. S. 512–513. Goltdammer A. III. S. 831.

wandlung in der Art erfolgen, daß nur die schwerste Art der verwirkten Freiheitsstrafe zuerkannt und die leichtere in diese umgewandelt wird [7]). Hierbei soll die einjährige Einschließung einer achtmonatlichen Gefängnißstrafe, die einjährige Gefängnißstrafe einer achtmonatlichen Zuchthausstrafe, demnach die einjährige Einschließung einer Zuchthausstrafe von fünf Monaten und zehn Tagen gleichgeachtet werden [8]). Da das Gesetz bei einer Concurrenz der Verbrechen nur von Verwandlung der Freiheitsstrafen spricht, so kann es zweifelhaft erscheinen, ob auch eine Geldstrafe in Zuchthausstrafe zu verwandeln sei, wenn sie wegen eines concurrirenden Verbrechens neben dieser auszusprechen ist. Dem Sinne des Gesetzes entspricht es ohne Zweifel um so mehr, als die auf die Verwandlung der Geldstrafe in Zuchthausstrafe sich beziehende Bestimmung [9]) ihrer Fassung nach nicht nothwendig auf den Fall, daß beide Strafen durch Ein Verbrechen verwirkt sind, zu beschränken ist, und auch ausdrücklich auf die, für den Fall der Concurrenz berechnete Bestimmung des §. 16. verweist [10]).

3. Eine Umwandlung der Strafe wird erforderlich bei Anwendung älterer neben dem Strafgesetzbuch fortbestehender Strafgesetze, insofern sie Strafen androhen, die dem Strafgesetzbuche unbekannt sind. Die in dieser Beziehung entscheidenden Normen sind bereits oben angegeben worden [11]).

Anmerk. Die Lehre von der Strafverwandlung ist in der gemeinrechtlichen Doctrin auch eine von denen gewesen, welche der Willkür dienen mußten, mit welcher man sich allmälig aller gesetzlichen Strafen zu entledigen suchte. Daher wurde zunächst schon die Strafverwandlung in einer Reihe von Fällen zugelassen oder gefordert, die durchaus keinen ge-

---

7) Strafgesetzb. §. 57.
8) Strafgesetzb. §. 16.
9) Strafgesetzb. §. 17. Absatz 3.
10) Goltdammer Mat. I. S. 185. A. M. Temme a. a. O. S. 514.
11) Vgl. §. 2. Der von Temme Lehrb. S. 518 noch angeführte Fall der Anwendung der milderen Strafe des neueren Gesetzes auf das vor dessen Publication begangene Verbrechen, gehört nicht hierher, da es hier gar nicht darauf ankommt die eine Strafart in das quantitativ gleiche Maß der andern Strafart zu verwandeln, sondern vielmehr darauf eine ganz andere gesetzliche Strafe anzuwenden.

nügenden Anlaß dazu darbieten [12]). Es waren dieß meist solche Fälle, in denen die gesetzliche Strafe vom Standpunkte der Criminalpolitik aus mehr oder weniger unangemessen erscheinen mag, Fälle die etwa im Wege der Gnade Berücksichtigung finden mögen, die aber den Richter nicht zur Strafverwandlung berechtigen können, wenn er sich damit nicht über das Gesetz stellen soll. Die Stellung des Richters zum Gesetze bringt es nothwendig mit sich, daß er überhaupt nur da eine Umwandlung der Strafe vornehmen kann, wo es das Gesetz ihm gestattet, und gerechtfertigt erscheint die gesetzliche Anordnung der Strafverwandlung im Falle der physischen Unmöglichkeit des Strafvollzuges, welche eintritt, wenn der Schuldige das ihm zu entziehende Gut nicht, oder nicht mehr besitzt, so wie im Falle der rechtlichen oder auch physischen Unmöglichkeit des Strafvollzuges, welcher durch Concurrenz der Verbrechen herbeigeführt wird [13]). Aber auch in diesen Fällen wird die Strafverwandlung nur in sehr beschränktem Maße zulässig erscheinen. Kommt es bei der Verwandlung darauf an qualitativ verschiedene Strafen nach einem bestimmten Verhältniß in quantitativer Beziehung mit einander zu vergleichen, so leuchtet es ein, daß diese Aufgabe nicht bloß eine sehr schwierige, sondern in den meisten Fällen eine völlig unausführbare ist. Die Forderung, daß trotz dessen der Richter, um der Gerechtigkeit willen, eine Strafverwandlung vornehmen müsse [14]), könnte als richtig darum nur anerkannt werden, wenn er durch die Umwandlung in den Stand gesetzt würde wirklich gerecht zu strafen, was doch nur dann der Fall sein würde, wenn die Strafart zu der Art des Verbrechens in keinem nothwendigen und unlöslichen Verhältnisse stünde, sondern jedes Verbrechen mit einer jeden Art von Strafe nach einem gesetzlich normirten Maßverhältnisse belegt werden könnte. For-

12) Carpzow Pract. qu. 148. n. 38—41. Böhmer ad Carpz. qu. 148. obs. 4. Engau §. 85. Quistorp §. 99. Koch §. 154. Kleinschrod II. §. 127. Stelzer I, 13. §. 5. Tittmann I. §. 62. 63. Feuerbach §. 137.

13) Für den neuerdings wieder von Köstlin Syst. S. 576 angeführten Fall, daß die Strafe durch die individuelle Beschaffenheit des Schuldigen erschwert werden würde, z. B. die einem Gebrechlichen zuerkannte Arbeitsstrafe, ist ein Bedürfniß der Strafverwandlung nicht anzuerkennen. Wie eine während des Strafvollzuges eintretende Krankheit oder dauernde Geistesstörung ohne im Urtheil ausgesprochene Strafverwandelung ihre Berücksichtigung finden wird, so auch diese Gebrechlichkeit.

14) So Köstlin a. a. O. S. 576, der zwar die Schwierigkeit ja Unmöglichkeit einen absoluten Gleichungspunkt zwischen verschiedenen Strafen festzusetzen anerkennt, dabei aber diese Unmöglichkeit nur als eine factische betrachtet, die dennoch annähernd durch die Gesetzgebung beseitigt werden könnte und müßte, während sie eine rechtliche ist, die um der Gerechtigkeit willen stehen bleiben muß.

dert die Gerechtigkeit nicht bloß das der Natur des Verbrechens entsprechende Maß, sondern auch die entsprechende Art der Strafe, dann giebt es auch kein Maß einer andern Strafart das gerecht erschiene. Davon können in beschränkter Beziehung Ausnahmen vorkommen, und das hierbei vom preußischen Strafrechte beobachtete Verfahren kann nur durchaus gebilligt werden. Es muß nämlich vom Standpunkte des positiven Strafrechtes aus die Strafverwandlung bei solchen Strafen zulässig und geboten erscheinen, welche die Gesetzgebung selbst durch ihre alternative Androhung als vergleichbare nebeneinandergestellt hat. Dies ist nach preußischem Strafrechte der Fall bei Geld- und Gefängnißstrafen, und es ist hierbei ganz folgerecht, daß zwar die Geldstrafe in Gefängnißstrafe, nicht umgekehrt diese in jene verwandelt werden kann[15]), weil die Gefängnißstrafe in den schwereren Fällen gewählt werden soll, in denen eben nur sie dem betreffenden Vergehen entspricht. Wiederum ist es durchaus folgerecht, wenn die in Folge der Strafverwandlung zuzuerkennende Gefängnißstrafe auf ein nicht zu überschreitendes Maximum fixirt wird, weil darüber hinaus die qualitative Verschiedenheit von der Geldstrafe so bedeutend hervortritt, daß eine Vergleichung beider nicht mehr möglich ist. Ferner erscheint es leicht ausführbar und vollkommen gerecht die leichtere Freiheitsstrafe in die schwerere zu verwandeln, falls der Schuldige die letztere mit ihren Nebenübeln ohnedies schon verwirkt hat, während ohne diese Voraussetzung es widersinnig und ungerecht sein würde irgend ein Maß der „ehrlichen" Strafe der Einschließung einem Maße der entehrenden Zuchthausstrafe oder umgekehrt gleichstellen zu wollen. Endlich aber kann auch nicht einmal in jedem Falle der factischen Unmöglichkeit des Strafvollzuges ein rechtliches Bedürfniß die unausführbare Strafe durch eine andere zu ersetzen anerkannt werden. An demjenigen, welcher bereits früher mit dem Verlust der bürgerlichen Ehre bestraft war, kann die Zuchthausstrafe insofern nicht vollständig vollzogen werden, als ihr wesentliches Accessorium, der Verlust der bürgerlichen Ehre, nicht nochmals eintreten kann. Dennoch ist dem Gesetze vollkommen genügt, wenn der Schuldige die im Urtheile bestimmte Zeit hindurch im Zuchthause festgehalten wird und daneben sich für immer im Zustande des Nichtbesitzes der Ehrenrechte befindet, wogegen es dem Gesetze widersprechen würde, wenn man den unmöglichen abermaligen Verlust der Ehrenrechte durch ein höheres Maß der Freiheitsberaubung, das nach der Meinung des Gesetzes durch das betreffende Verbrechen eben nicht verwirkt ist, ersetzen wollte.

---

15) Oppenhoff zu §. 17. n. 12.

2. Die Strafänderung (Schärfung und Milderung).

§. 146. Die Voraussetzung, von welcher der Gesetzgeber zunächst ausgehen muß, ist die, daß das einzelne Verbrechen sich nicht nur rücksichtlich des allgemeinen und besondern Thatbestandes, sondern auch des Maßes der Schuld und Strafbarkeit unter das Strafgesetz subsumiren lasse. Aus dem Umstande, daß sich bei mehreren Verbrechen, die sich nach dem allgemeinen und besondern Thatbestande gleichstehen, dennoch eine Verschiedenheit der Schuld aus ihrem individuellen Thatbestande ergeben kann, entspringt die Forderung, daß so viel als möglich durch relative Strafbestimmungen dem Richter eine Berücksichtigung jenes Unterschiedes möglich gemacht werde. Weil aber bei dem einzelnen Verbrechen eine unendlich mannigfache, vom Gesetzgeber nicht voraus zu ermessende, Combination der Schuldmomente vorkommen kann, und weil die Schuld des Verbrechers nicht bloß durch rechtliche in die Form des Rechtsgesetzes zu fassende Momente bedingt wird, so liegt selbst in der relativen Strafbestimmung keine absolute Gewähr dafür, daß die Schuld des Verbrechers in jedem Falle dem vom Gesetze vorausgesetzten Maße völlig entsprechen werde. Wenn also das wirklich vorliegende Maß der Schuld nach der einen oder andern Seite das vom Gesetze vorausgesetzte Maß überschreitet, so würde eine gerechte Bestrafung auch ein entsprechendes Ueberschreiten der gesetzlichen Strafe, durch Strafschärfung oder Strafmilderung erfordern. Bildet aber das Gesetz die nothwendige Voraussetzung und absolute Grenze der richterlichen Thätigkeit, so kann der Richter, soll er nicht in die Function des Gesetzgebers übergreifen, nimmermehr bloß durch die Thatsache, daß ein derartiger Fall vorliegt, befugt erscheinen die Grenzen der gesetzlichen Strafe zu überschreiten, oder eine Strafänderung kann nur dann und in dem Maße zulässig sein, als sie durch das Gesetz selbst zugelassen und angeordnet wird.

Anmerk. Der Umstand, daß die meist absolut bestimmten Strafen des gemeinen Rechtes dem richterlichen Ermessen fast gar keinen Spielraum gewährten, daß das gemeine Recht auf Quellen beruht, welche bei ihren Strafbestimmungen von ganz verschiedenartigen Gesichtspunkten aus-

gehen, daß der Widerspruch der gemeinrechtlichen Strafmittel und der Gesittung des Zeitalters allmälig immer schärfer hervortrat und zur gänzlichen Beseitigung dieser Strafen hindrängte, erklärt es, daß in der ältern Doctrin über die Bedeutung der Strafschärfung und Strafmilderung eine, jeder Grundlage und Norm entbehrende, Verwirrung herrscht, bei der von Entwickelung überhaupt nicht die Rede sein kann, und deren nähere Betrachtung für die Wissenschaft völlig werthlos ist. Das Wesentliche in dieser verworrenen Lehre war, daß man dem Richter unbedenklich das überall zu übende Recht der Strafänderung zugestand, und daß man als Grund derselben überhaupt alle die Momente, gleichviel woher sie kommen, betrachtete, welche auf das Maß der Schuld irgend von Einfluß sind. Erst in der neuern Doctrin hat sich diese Verwirrung einigermaßen abgeklärt. Es geschah dies zunächst durch die Erörterung der Streitfrage, woher die Gründe der Strafschärfung und Milderung oder der Strafzumessung überhaupt zu entnehmen seien? Das in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts vorwiegend der philosophischen Betrachtung des Strafrechts sich zuwendende Interesse bewirkte es, daß man auch die Gründe der Strafzumessung, statt sie nur casuistisch aufzuzählen, besonders in Rücksicht auf die Frage nach Grund und Zweck der Strafe, wissenschaftlich zu entwickeln suchte. Dies war zuerst in umfangreicher Weise durch Kleinschrod geschehen [1]). Ihm folgte Feuerbach, welcher es als Grundsatz aussprach, daß die Normen für das Maß der Strafbarkeit philosophisch aus der Natur des Strafgesetzes zu entwickeln seien [2]), eine Ansicht die bald weitere Anhänger fand [3]). Dieser einseitigen Verweisung auf Philosophie und Criminalpolitik gegenüber war es allerdings ganz berechtigt, wenn die Gegner das richterliche Ermessen bei der Strafzumessung überhaupt, wie bei der Strafänderung insbesondere an das positive Recht binden wollten [4]), nur daß es zu keinem Resultate führen kann, wenn man in dieser Beziehung aus den gemeinrechtlichen Quellen einheitliche Normen entwickeln oder nur die Gründe der Strafzumessung anerkennen will, welche unmittelbar in gesetzlicher Form ausgesprochen sind. Gegenwärtig darf es daher wohl als allgemein anerkannt betrachtet werden, daß der Richter bei der Bestimmung

1) Grundbegriffe I. §. 43 flg. II. §. 11 flg. Vgl. Soden Geist des peinl. Gesetzes I. §. 2 flg.
2) Revis. II. S. 199 flg. Lehrb. §. 103 flg.
3) Grolman §. 76 flg. Tittmann I. §. 49—50. §. 55 flg. Bauer §. 80. 99. 150.
4) Henke I. 491 fl. Abegg §. 140—146. 150—153. Martin §. 55—63. Jarke §. 51 flg. Heffter §. 95—108. Marezoll §. 42. 45. 46.

des Maßes der Schuld stets das positive Recht als die Norm seines Ermessens zu betrachten hat, wobei er jedoch, da die Momente der Schuld und Strafbarkeit nicht allein rechtliche und in gesetzliche Form zu fassende sind, nicht voraussetzen darf sie unmittelbar im Gesetze zu finden. Vielmehr wird er sich vergegenwärtigen müssen, von welchen rechtlichen und sittlichen Anschauungen der Gesetzgeber sich hat bestimmen lassen, um hiernach im Geiste des Gesetzes das Maß der Strafbarkeit zu ermessen [5]). Insofern daher diese Gründe der Strafzumessung wissenschaftlich erörtert werden sollen, wird diese Erörterung freilich nicht bloß eine juristische sein können, sondern auch auf andere, insbesondere philosophische Disciplinen zurückgehen müssen. In Betreff der Strafzumessungsgründe überhaupt ist schon oben [6]) auf das Verkehrte des Unternehmens hingewiesen worden, ihre wissenschaftliche Entwickelung als eine abgesonderte strafrechtliche Lehre behandeln zu wollen [7]). Was aber insbesondere die Gründe der Strafschärfung und Milderung betrifft, so hat es zur Aufklärung über dieselben wesentlich beigetragen, daß die neuere Doctrin sie bestimmter von den Gründen der Strafzumessung innerhalb der gesetzlichen Grenzen unterschied, und dies wohl auch dem Namen nach, indem man die letzteren als Gründe der Strafminderung und Erhöhung bezeichnete [8]). Die heilsame Folge davon war, daß, so gewiß man für den Richter ein freies Ermessen bei der relativ bestimmten oder unbestimmten Strafe in Anspruch nahm, jetzt die Willkür, aus welcher man bisher das absolut bestimmte und das relativ bestimmte Strafgesetz über das Maximum und Minimum hinaus durch Schärfung oder Milderung überschritten hatte, entschieden verworfen wurde.

---

5) Köstlin Syst. S. 588.

6) §. 143.

7) So erscheint auch diese Entwickelung bei Köstlin Syst. S. 590—592, abgesehen von der zugestandenen Schwierigkeit, welche die gemeinrechtlichen Quellen bereiten, als eine durchaus werthlose Zusammenstellung dessen, was an anderen Orten seine wissenschaftliche Begründung gefunden hat oder hätte finden sollen. Bei Heffter §. 95—99. sind nur die aus der formellen Zurechnung entnommenen Schuldunterschiede zusammengestellt. Auch Berner Lehrb. §. 133—135. wiederholt unter anderer Ueberschrift im Ganzen nur das anderwärts ausführlich Vorgetragene.

8) Hepp Theorie der Zurechnung S. 58. Roßhirt Entw. S. 43. Krug zum sächs. Strafgesetzb. I. S. 124. Berner Lehrb §. 137. Daß es bei der Zumessung nach einem relativ bestimmten Strafgesetze unrichtig sei, von einer Minderung oder Erhöhung zu sprechen, weil man hier nicht irgend ein Strafmaß als das normale, zu mindernde oder erhöhende betrachten darf, hat ganz richtig schon Trefurt im A. 1838 S. 412 flg. bemerkt. Uebrigens variirt der Sprachgebrauch, indem man wohl auch Schärfung und Minderung zusammenstellt, Heffter §. 100., oder ihn ganz umkehrt, Temme Glossen S. 112—113.

Dagegen war es ein Irrthum die Strafminderung und Erhöhung einerseits, die Milderung und Schärfung andrerseits als so wesentlich verschiedene Functionen zu betrachten, daß bei der einen Momente der Schuld und Strafbarkeit in Betracht kommen dürften, die bei der andern von jeder Berücksichtigung ausgeschlossen wären [9]). Nicht weniger unrichtig ist es, wenn behauptet wird, daß hier ein quantitativer Unterschied in der Art stattfinde, daß die Strafschärfungsgründe potenzirte Erhöhungsgründe, die Milderungsgründe potenzirte Minderungsgründe seien [10]). Es mag dies für einzelne Fälle richtig sein, so daß also z. B. in dem einen Falle der impetus als Minderungsgrund, in einem andern Falle, etwa als der durch unverschuldet erlittene Mißhandlungen erregte Zorn [11]), als Milderungsgrund erscheinen kann; immerhin aber kann daraus nicht eine allgemeine Regel gebildet werden. Von allgemeinen Gründen der Straferhöhung und Strafminderung, die sich in potenzirtem Maße zu Strafschärfungs- und Milderungsgründen gestalten, kann man nur sprechen, insofern hierbei der allgemeine Thatbestand des Verbrechens die Voraussetzung und den Maßstab bildet. Es wird nun freilich nicht schwer fallen in Rücksicht auf den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens irgend welche Milderungsgründe, z. B. das jugendliche Alter, anzugeben. Das Bedürfniß einer Schärfung oder Milderung ergiebt sich aber am häufigsten daraus, daß der Gesetzgeber, soll die Strafe nicht völlig der richterlichen Willkür überlassen bleiben, bei einer jeden Verbrechensart ein bestimmtes Maß der Schuld als das ihr entsprechende voraussetzen und demgemäß die Strafe bestimmen muß, während es sich bei dem concreten Falle ereignen kann, daß derselbe zwar unbedenklich unter den Thatbestand einer bestimmten Verbrechensart, nicht aber unter das vom Gesetze vorausgesetzte Maß der Schuld zu subsumiren ist. Darum bildet hier für die Frage, was als Schärfungs- oder Milderungsgrund zu betrachten sei, nicht der allgemeine, sondern der besondere Thatbestand des Verbrechens das entscheidende Criterium. Hieraus folgt, daß ganz dasselbige Schuldmoment in Rücksicht auf den besondern Thatbestand des einen Verbrechens als Minderungsgrund, in Rücksicht auf den des andern Verbrechens ohne alle Potenzirung als Milderungsgrund erscheinen kann. So z. B. ist der impetus ein Minderungsgrund, wenn das Gesetz bei seiner Strafbestimmung nur überhaupt

---

9) Meister Princip. §. 122. 124. Roßhirt Lehrb. §. 86. 95. Entw. S. 41. 42. Dagegen Wächter I. S. 216. Köstlin N. Revis. S. 865 flg. Syst. S. 593. Mittermaier zu Feuerb. §. 94. n. 1.

10) Köstlin Syst. S. 599. 612.

11) Vgl. preuß. Strafgesetzb. §. 177. 196.

die dolose Begehung des Verbrechens voraussetzte. Wenn dagegen das gemeine Recht bei dem Giftmorde augenscheinlich die Prämeditation voraussetzt, und nun der außerordentliche Fall vorkommt, daß der Schuldige erwiesenermaßen im Affecte, der nicht nothwendig sich als aufbrausende Leidenschaft darstellen muß, sondern auch bei scheinbarer Ruhe in dem gewaltsam zurückgehaltenen Zorne und Rachegefühle bestehen kann, das Gift, das er zufällig eben zur Hand hat, unbemerkt dem vom Gegner ergriffenen Getränke beimischt, so erscheint hier der impetus als Milderungsgrund. Es folgt ferner, daß sich bei der Vergleichung des individuellen und besondern Thatbestandes Milderungsgründe ergeben können, welche überhaupt keine Verallgemeinerung zulassen. So ist bei den s. g. gemeingefährlichen Verbrechen die Wahrscheinlichkeit einer Gefahr für Leben, Gesundheit, Eigenthum ein wesentliches Moment des Thatbestandes; im einzelnen Falle aber kann die Möglichkeit der Gefahr eine so entfernte sein, wie sie der Gesetzgeber sicher nicht vorausgesetzt hat. Es kann bei einem Diebstahl mit Einbruch die einbrechende Thätigkeit so unbedeutend und der Art gestaltet sein, daß die Motive, welche den Gesetzgeber bei seiner Straffestsetzung leiteten, hier nicht obwalten. Wenn das gemeine Recht eine Strafe des Duells an sich nicht kennt, so kann die erfolgte und erweislich beabsichtigte Tödtung des Gegners nur als Mord bestraft werden. Die Gründe aber, die hier eine Strafmilderung fordern, ergeben sich allein aus der Vergleichung des individuellen Thatbestandes dieser Tödtung und des besondern Thatbestandes des Mordes, und finden in solcher Weise in keinem andern Falle statt. Es wird mit einem Worte der besondere Thatbestand des Verbrechens durch mancherlei vorausgesetzte factische Verhältnisse bedingt, aus denen der Gesetzgeber bei der Strafbestimmung einen Schluß auf das Maß der Schuld gebildet hat, während im einzelnen Falle zwar die vorausgesetzten Thatsachen vorliegen, die Schlußfolgerung rücksichtlich der Schuld sich aber als unrichtig erweist. Dazu kommt, daß die Schärfung und Milderung nicht immer nur auf einen bestimmten Grund zurückzuführen ist, sondern auf eine nur dem individuellen Falle angehörende Combination von Schuldmomenten, die eben nur in dieser Verbindung die Aenderung der gesetzlichen Strafe bedingen. Aus alle dem ergiebt sich aber eine wichtige weitere Folgerung. In dem an sich richtigen Streben der schrankenlosen Willkür entgegenzutreten, welche bisher in der gemeinrechtlichen Praxis mittelst der Schärfung und Milderung geübt worden war, ist die neuere Doctrin übereinstimmend zu dem Grundsatze gekommen, daß eine Aenderung der gesetzlichen Strafe nur in Folge eines vom Gesetze anerkannten Schärfungs- oder Milderungsgrunde zulässig sei, wo-

bei allerdings noch eine weitere Meinungsverschiedenheit darüber stattfindet, welche derartige Gründe aus den gemeinrechtlichen Quellen herzuleiten sind, und ob eine Strafschärfung überhaupt stattfinden dürfe [12]). Es mag zugegeben werden, daß dem Zustande der gemeinrechtlichen Quellen gegenüber ein anderer Ausweg nicht übrig blieb, wenn überhaupt der richterlichen Willkür eine Grenze gezogen werden soll; es mag ferner zugegeben werden, daß für eine jede Aenderung der gesetzlichen Strafe das Gesetz insofern die Norm bilden muß, als der Grund derselben sich nur aus der Vergleichung der im concreten Falle vorliegenden Schuldmomente mit den vom Gesetzgeber vorausgesetzten ergeben kann. Aber es darf niemals die principielle Forderung gestellt werden, daß das Gesetz selbst eine Reihe allgemeiner Milderungs- und Schärfungsgründe aufstellen müsse, und daß eben nur diese eine Berücksichtigung finden dürften [13]). Zwei Wege giebt es, auf denen dieser Forderung zu genügen versucht werden könnte. Es kann, wie es in der neuern Gesetzgebung zum Theil geschehen ist, in casuistischer Weise eine Zahl allgemeiner und besonderer Milderungs- oder auch Schärfungsgründe aufgezählt werden, und daß dies Verfahren am wenigsten geeignet ist, um der hier in Frage stehenden Forderung der Gerechtigkeit überall Genüge zu leisten, wird keines Beweises bedürfen. Oder es wird versucht, wie Köstlin fordert, für die Strafzumessung und Strafänderung ein System allgemeiner Principien aufzustellen, und dann wird zunächst der Zweck den man erstrebt, die richterliche Willkür in gesetzliche Schranken zu bannen, verfehlt, denn man wird sich dann, um wirklich die unerschöpfliche Fülle aller möglichen Gestaltungen der Schuld zu umfassen, auf so abstracte Allgemeinheiten zurückziehen müssen [14]), daß die gefürchtete richterliche Willkür wiederum dann beginnt, wenn es darauf ankommt den concreten Fall unter diese Allgemeinheiten zu subsumiren. Es geschieht

---

12) Grolman §. 168—170. Henke I. 558—567. Martin §. 53. 55. 56., der aber doch noch eine durch „die Natur der Strafgesetzgebung überhaupt" begründete Strafänderung zuläßt. Roßhirt Entw. §. 6, 7. Wächter I. §. 114 flg. Bauer §. 136 flg. Abegg §. 149 flg. Heffter §. 153 flg. Marezoll §. 45. 46. Berner §. 138.

13) So Köstlin Syst. S. 603 flg., der zwar mit den von der gemeinrechtlichen Doctrin aufgestellten Schärfungs- und Milderungsgründen nicht einverstanden ist, aber ausdrücklich verlangt, daß das Gesetzbuch dem Richter die Strafzumessungs- wie die Strafänderungsgründe vorzeichnen solle. Dabei verwahrt er sich freilich gegen eine casuistische Aufzählung derselben und fordert vielmehr die Aufstellung von Principien, aus denen der Richter die Consequenzen zu ziehen habe.

14) Köstlins Versuch, diese allgemeinen Principien zu entwickeln, giebt den genügenden Beweis dafür.

aber ferner auch mit der gesetzlichen Feststellung solcher Principien etwas durchaus Ueberflüssiges. Der Richter soll freilich die Gründe einer Strafzumessung und Aenderung nicht bloß seiner Willkür oder der Philosophie und Politik, sondern dem positiven Rechte entnehmen, aber sie sind vorhanden, auch wenn sie nicht in einem besondern Kapitel des Strafgesetzbuches principiell festgestellt werden, und es ist die Aufgabe der Doctrin bei der Erörterung des allgemeinen und des besondern Thatbestandes der Verbrechen betreffenden Ortes die Principien zu entwickeln und wissenschaftlich zu begründen, von denen der Gesetzgeber bei Feststellung des Maßes der Schuld und Strafbarkeit ausgegangen ist, woraus sich dann weiter auch die entsprechenden Normen der Strafzumessung und Aenderung für den Richter ergeben werden. Der Richter wird hierzu also freilich der Wissenschaft und eigenen wissenschaftlichen Befähigung bedürfen. Fürchtet man aber, daß durch diese Verweisung des Richters auf die Doctrin sich die Willkür wieder eindrängen könnte 15), so wird die Sache dadurch nicht besser, daß man die allgemeinen Principien der Strafzumessung gesetzlich feststellt, denn das Resultat davon wird doch nur dies sein, daß das Gesetz statt rechtlicher Bestimmungen doctrinäre Sätze enthält, und daß sich der Richter wiederum an die Doctrin, aber an eine legale und im Gesetz erstarrte, verwiesen sieht. So wenig also dagegen einzuwenden ist, wenn der Gesetzgeber sich veranlaßt sehen sollte den einen oder andern Strafzumessungs- oder Strafänderungsgrund ausdrücklich festzustellen, so vergeblich, zwecklos und zweckwidrig würde es sein die Gründe der Strafzumessung und Strafänderung in umfassender Weise durch das Gesetz ausdrücklich feststellen zu wollen. Dagegen sind es andere Schranken, welche in dieser Beziehung durch die Natur der Sache für das richterliche Ermessen gefordert werden. Es kann nämlich 1) das richterliche Ermessen in Betreff der Feststellung der Strafe überhaupt nur da eintreten, wo das Gesetz den Richter dazu ausdrücklich ermächtigt. Was also die Strafzumessung im engern Sinne betrifft, so ist es bei dem absolut bestimmten Strafgesetze völlig ausgeschlossen; dagegen bei dem relativ bestimmten ausdrücklich gefordert. Ebenso ist der Richter zur Strafänderung niemals bloß durch die Thatsache berechtigt, daß sie ihm um der Gerechtigkeit willen geboten erscheint, sondern nur durch die besondere gesetzliche Bestimmung, welche sie ihm gestattet. Muß es die Gesetzgebung anerkennen, daß sie das Maß der Schuld und Strafbarkeit nicht in einer für jeden einzelnen Fall zutreffen-

15) Köstlin Syst. S. 603 N. 7.

der Weise festzustellen vermag, so ist es allerdings eine Forderung der Gerechtigkeit, daß dem Richter in irgend einer Form das Recht der Strafänderung ertheilt werde. In dieser Beziehung hat sich aber die neuere Doctrin ziemlich einstimmig und mit Recht dagegen erklärt, daß dem Richter eine allgemeine Befugniß zur Strafschärfung zugestanden werde. Die rechtlichen Gründe, die man dafür hat anführen wollen[16]), sind freilich nicht stichhaltig, und würden folgerecht ebenso jeder Strafmilderung entgegenstehen; vielmehr handelt es sich lediglich um criminal-politische Rücksichten[17]), insbesondere darum, daß die Gefahr des rechtlichen Schadens, welcher aus einer zu milden Bestrafung des Verbrechens hervorgeht, jedenfalls viel geringer zu achten ist, als die Gefahr einer über die Verschuldung hinausgehenden höheren Bestrafung, welche das dem Richter überlassene Schärfungsrecht mit sich bringen würde. Dem Bedürfnisse einer das gewöhnliche Maß überschreitenden Bestrafung wird daher allerdings am zweckmäßigsten, nicht durch irgend eine allgemeinere, sondern nur auf den besondern Fall sich beschränkende Ermächtigung des Richters zur Strafschärfung genügt werden[18]). Es ist sodann 2) das richterliche Ermessen bei der Strafzumessung überhaupt, wie bei der Strafänderung insbesondere an das Gesetz insofern gebunden, als es demselben auch die Gründe zu entnehmen hat, durch welche es sich bestimmen läßt. Diese Gründe sind entweder vom Gesetze unmittelbar und ausdrücklich ausgesprochen, wie dies in Betreff der Strafschärfungsgründe ausnahmsweise wünschenswerth ist, oder es ist dies, wie dies im Allgemeinen durchaus der Natur der Sache entspricht, nicht der Fall, und dann sind diese Gründe aus dem ganzen Systeme der Strafgesetzgebung und der in ihm sich kundgebenden Auffassung der die Schuld des Verbrechers bestimmenden Momente wissenschaftlich zu entwickeln[19]). Endlich aber muß auch 3) gefordert werden, daß das richterliche Ermessen, insoweit überhaupt eine Strafänderung gesetzlich zulässig ist, in dem Maße derselben durch das Gesetz beschränkt

16) Feuerbach Lehrb. §. 96. Bauer §. 144. Martin §. 55.

17) Roßhirt Entw. S. 52 flg. Abegg §. 150. Mittermaier zu Feuerb. §. 96. N. 1. Marezoll S. 177. Köstlin Syst. S. 600.

18) Diesen Weg hat auch übereinstimmend die neuere Gesetzgebung eingeschlagen.

19) Hierbei ist freilich eine in sich einheitliche, von demselbigen Geiste getragene Strafgesetzgebung die nothwendige Voraussetzung, wogegen eine solche wissenschaftliche Operation zu keinem entsprechenden Resultate führen kann, wenn die Rechtsquellen selbst von einer ganz verschiedenartigen Auffassung der verbrecherischen Schuld ausgehen.

werde, d. h. also, daß die Strafschärfung wie Milderung rücksichtlich der Strafart und des Maßes durch das Gesetz eine feste Grenze erhalte [20]).

§. 147. Das preußische Strafrecht gewährt dem Richter sowohl das Recht einer Strafschärfung wie einer Strafmilderung. Eine Strafschärfung findet, in gesetzlich festgestelltem Maße, nur statt bei dem Rückfalle [1]). Als ein allgemein zu berücksichtigender Milderungsgrund ist das jugendliche Alter angeführt [2]). Davon abgesehen ist es dem Ermessen des Richters oder der Geschwornen überlassen darüber zu entscheiden, was als Milderungsgrund oder als so genannter mildernder Umstand anzusehen sei, jedoch mit der Beschränkung, daß die Ermächtigung zur Annahme und Berücksichtigung mildernder Umstände keine allgemeine, sondern nur für bestimmte Arten von Verbrechen und Vergehen ertheilte ist, und daß diese Berücksichtigung nur in dem Maße stattfinden kann, in welchem es das Gesetz durch Feststellung der Art und des Maßes der gemilderten Strafe zuläßt.

Anmerk. Das A. L. R. hatte dem Standpunkte der Doctrin entsprechend, indem es sich vorbehielt dies in einer besondern Instruction in viel ausführlicherer Weise zu thun, eine Reihe von Strafzumessungsgründen aufgestellt [3]), wobei aber die Wirksamkeit derselben, ob sie nur als Strafzumessungsgründe im engern Sinne, oder auch als Strafänderungsgründe erscheinen sollten, höchst zweifelhaft blieb. Im Beginn der Revisionsarbeiten ging man sogleich davon aus nach dem Vorgange der neuern Doctrin und Gesetzgebung die Strafzumessung innerhalb der Grenzen der ordentlichen Strafe, und die über diese Grenzen hinausgehende Strafänderung zu unterscheiden, und nahm demzufolge in die Entwürfe eine Reihe von Strafzumessungs- so wie Strafänderungsgründen auf, obwohl man doch nur den letzteren eine ausschließliche Geltung beilegte, während die ersteren nur beispielsweise angeführt und nur vorzugsweise beachtet wer-

---

20) Es entspricht weder der Natur der Sache noch den gemeinrechtlichen Quellen, wenn man bei der Strafänderung nur eine Aenderung des Strafmaßes, nicht aber der Strafart zulassen will. Feuerbach §. 94. Martin §. 53. Marezoll §. 46.

1) Strafgesetzb. §. 58—60. Vgl. oben §. 111.

2) Strafgesetzb. §. 43. Vgl. oben §. 75.

3) A. L. R. II. 20. §. 16—25. 51. 52. 62. Vgl. oben Bd. I. S. 205.

den sollten[4]). In Folge der vielseitigen Widersprüche, welche bei den ständischen Verhandlungen wie Seitens der Wissenschaft gegen dieses Verfahren erhoben wurden, blieben in den späteren Entwürfen und im Strafgesetzbuche selbst die Strafzumessungsgründe weg, und von den Gründen der Strafänderung wurde nur der Rückfall als Schärfungsgrund, das jugendliche Alter als Milderungsgrund beibehalten. Um aber dem Bedürfnisse: in einer umfangreicheren Weise die Strafmilderung möglich zu machen, zu genügen, betrat man den Weg, den die neuere französische Gesetzgebung rücksichtlich der circonstances atténuants eingeschlagen hatte[5]). Wie diese verzichtete man, was nach der obigen Erörterung als das allein Richtige betrachtet werden muß, auf jede ausdrückliche gesetzliche Feststellung der Milderungsgründe oder s. g. mildernden Umstände, indem das Vorhandensein derselben der Beurtheilung im einzelnen Falle überlassen blieb. Auch darin ist man dem französischen Beispiele gefolgt, daß bei schwurgerichtlichen Verhandlungen es die Geschwornen sind, welche das Dasein mildernder Umstände festzustellen haben, obwohl ihnen nicht wie in Frankreich die betreffende Frage stets ex officio vorgelegt werden muß[6]). Hiergegen sind allerdings wesentliche Bedenken zu erheben. Die Strafmilderung ist ihrem Wesen nach nichts anderes als die innerhalb der Grenzen der ordentlichen Strafe sich bewegende Strafzumessung, und wenn die Geschwornen nicht mehr bloß die Frage zu beantworten haben: ob der Angeschuldigte einer unter den Thatbestand eines bestimmten Verbrechens fallenden That schuldig sei, sondern auch die: ob Umstände vorhanden seien, welche die Schuld geringer erscheinen lassen als sie der Gesetzgeber als die Regel vorausgesetzt hat, so müßten sie auch folgerecht gefragt werden: ob nach den Umständen das höchste, das niedrigste, oder ein mittleres Maß der vom Gesetzgeber vorausgesetzten Schuld und Strafbarkeit anzunehmen sei. Oder umgekehrt, wenn bei der relativ bestimmten Strafe nur der Richter die Umstände zu ermessen hat, welche dieses oder jenes Strafmaß erfordern, so hat er folgerecht auch allein zu ermessen, ob mildernde Umstände anzunehmen seien oder nicht. Es handelt sich aber hierbei nicht bloß um die Grenzen der Competenz des Gerichts und der Geschwornen, sondern um die ganze rechtliche Bedeutung der Strafmilderung selbst. Die

---

4) Entw. v. 1843 §. 106—126. Vgl. Beseler Komment. S. 23—36. Goltdammer Mat. I. S. 395—403. 444 flg.

5) Durch die Gesetze vom 28. April 1832 und 9. Septemb. 1835, jetzt Art. 341 des Code d'instruct. crim.

6) Einführ. G. Art. XXIV.

Strafmilderung unterscheidet sich sehr wesentlich von der Begnadigung dadurch, daß sie in der oben erörterten Weise stets und nothwendig das positive Recht zu ihrer Norm hat, und je mehr Freiheit das Gesetz bei der Feststellung mildernder Umstände gewährt, um so schärfer und bestimmter wird jene Norm festgehalten werden müssen. So ungemein leicht daher den Geschwornen die ihnen übertragene Function der Feststellung mildernder Umstände gewiß erscheinen wird, so ist sie doch ihrer Natur nach in richtiger Weise geübt eine ungemein schwierige, bei welcher die Verweisung auf den gesunden Menschenverstand und das Leben nicht ausreicht, sondern eine juristisch wissenschaftliche Bildung und Befähigung erfordert wird. Ohne diese, welche von Geschwornen nicht zu erwarten ist, wird das Recht das Dasein mildernder Umstände festzustellen, zu einem von seiner nothwendigen positivrechtlichen Norm sich loslösenden Begnadigungsrecht, und dies den Geschwornen zu übertragen mag folgerecht sein, wenn es, wie in Frankreich gerade darauf ankommt die dem Standpunkte des Zeitalters widersprechende Härte der Strafgesetzgebung damit zu brechen und zu umgehen, nicht aber wenn es in Verbindung mit einer eben erst ins Leben tretenden Strafgesetzgebung geschieht [7]). — Von der fraglichen französischen Einrichtung weicht sodann das preußische Strafrecht in der Beziehung ab, daß es die Annahme mildernder Umstände nicht bei einem jeden Verbrechen und Vergehen, sondern nur in ausdrücklich bezeichneten Fällen zuläßt [8]), indem es sodann für jeden besondern Fall die Art und das Maß der anzuwendenden milderen Strafe festsetzt. Ein Princip, nach welchem man bei der Auswahl dieser Fälle und dem Ausschließen anderer verfahren wäre, ist allerdings nicht zu erkennen [9]), wie es denn auch der Natur der Sache widerspricht, wenn man annehmen wollte, daß irgend eine Art von Verbrechen mehr als andere das Bedürfniß einer Strafmilderung mit sich bringen könnte. Insoweit also das Gesetz die Annahme mildernder Umstände zuläßt, ist den Geschwornen, und, soweit es sich um Vergehen handelt, den Richtern volle Freiheit in der Beurtheilung dessen, was sie als mildernden Umstand betrachten wollen, gewährt, eine Frei-

---

7) Vgl. von Tippelskirch Beiträge zur künftigen Strafprozeß-Ordnung, in Goltdammers A. IV. S. 18.

8) Für Verbrechen in den §§. 63—66. 68. 74. 76. 78. 193—195. 218. 238. 259. 260. 310. 316. Für Vergehen in den §§. 102. 156. 187. 216. 217. 227. 237. 242. In diesen Fällen ist die Annahme mildernder Umstände nach §. 32. auch bei dem Versuche gestattet, und außerdem auch zu Gunsten der Theilnehmer §. 34. 35.

9) Das in dieser Beziehung beobachtete Verfahren einigermaßen zu motiviren, hat Beseler Komment. S. 34—36 versucht.

heit, der nur die Forderung gegenübersteht, daß von ihr im Sinne und Geiste der Strafgesetzgebung Gebrauch gemacht werde. Welche Normen sich aber für die Beurtheilung der Schuld und Strafbarkeit aus der Strafgesetzgebung ergeben, ist aus den angeführten Gründen nicht hier zu erörtern, sondern muß, soweit es nicht schon oben bei der Lehre von der formellen und materiellen Zurechnung geschehen ist, dem besondern Theile vorbehalten bleiben. Nur wenige Bemerkungen sind hier noch hinzuzufügen. Daß für die Praxis nicht diejenigen Erwägungen maßgebend sein können, von denen man in früheren Stadien der Redaction des Strafgesetzbuches rücksichtlich der Strafmilderung ausging, ist allseitig anerkannt. Bei der Revision von 1845 hatte man das Bedürfniß einer Strafmilderung nur in einer sehr beschränkten Beziehung ins Auge gefaßt, indem man sich nur von den unklaren Vorstellungen über die Zustände einer so genannten verminderten Zurechnungsfähigkeit leiten ließ [10]). Es kann dies aber kein Anlaß sein, auch jetzt noch die mildernden Umstände auf Momente der formellen Zurechnung beschränken zu wollen, indem vielmehr ohne Beschränkung alle Momente in Betracht kommen müssen, die überhaupt auf das Maß der Schuld und Strafbarkeit von Einfluß sein können [11]). Daher können als mildernd auch nicht bloß die Umstände in Betracht kommen, unter denen die That selbst begangen wurde, sondern auch solche, welche erst nach Verübung des Verbrechens oder Vergehens eingetreten sind [12]). Wenn das Gesetz neben der Freiheitsstrafe zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte androht, für den Fall aber, daß mildernde Umstände vorhanden sind, eine ermäßigte Freiheitsstrafe [13]), ist der Richter nach seinem Ermessen zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet die Ehrenstrafe auch mit der gemilderten Freiheitsstrafe zu verbinden [14]). Es folgt dies daraus, daß das Gesetz den Richter ermächtigt, die Strafe überhaupt, nicht bloß die Freiheitsstrafe zu mildern. Wird dagegen die durch das Gesetz angedrohte, mit Verlust der bürgerlichen Ehre verbundene, Zuchthausstrafe in Folge mildernder Umstände in die Strafe der Einschließung oder in Gefängnißstrafe verwandelt, so ist, da hierzu jede gesetzliche Ermächtigung fehlt, der Richter nicht berechtigt mit der milderen Freiheitsstrafe den Verlust der bürgerlichen Ehre zu verbinden.

---

10) Goltdammer Mat. I. S. 400—402.

11) Beseler Komment. S. 34. Goltdammer a. a. O. S. 445.

12) So im Gegensatz zu früheren widersprechenden Entscheidungen das Urtheil des Ob. Trib. vom 23. März 1857 wider Feind, in Goltdammers A. V. S. 229.

13) Z. B. Strafgesetzb. §. 216. 217.

14) Vgl. die Urtheile in Goltdammers A. I. S. 398 u. 573.

3. Die Concurrenz der Verbrechen.

§. 148. Von wesentlichem Einflusse auf die Strafzumessung ist der Fall der sogenannten Concurrenz der Verbrechen, d. h. der Fall, daß mehrere noch ungetilgte Verbrechen oder Vergehen desselben Schuldigen gleichzeitig zu bestrafen sind. Kann aber die Mehrheit der Gesetzübertretungen nicht genügen, um aus ihr in jedem Falle eine Mehrheit concurrirender Verbrechen zu folgern, so ist es die im concreten Falle zuerst zu beantwortende Frage: ob die verbrecherische Thätigkeit des Schuldigen auch wirklich eine Mehrheit concurrirender und nach dem Gesetz zu bestrafender Verbrechen ergeben habe. Ist das Verbrechen wesentlich Handlung, so ist auch das Criterium, das über die Einheit oder Mehrheit der Verbrechen entscheidet, lediglich die Einheit oder Mehrheit der Handlungen, und diese ist wiederum allein abhängig von der Einheit oder Mehrheit der Willensbestimmungen, auf deren Verwirklichung der Handelnde seine Thätigkeit ursächlich bezogen hat, gleichviel ob diese Willensbestimmung sich als Absicht oder Fahrlässigkeit darstellt. Vermöge der Mehrheit der Willensbestimmungen und damit der Handlungen findet also eine Concurrenz von Verbrechen immer statt, wenn sich aus der Thätigkeit des Handelnden neben dem beabsichtigten zugleich ein fahrlässiges Verbrechen ergab. Eben so liegt eine Mehrheit concurrirender Verbrechen vor, wenn die Thätigkeit des Schuldigen auf die Verwirklichung einer Mehrheit von verbrecherischen Absichten bezogen war, gleichviel ob diese verschiedenen Absichten so wie die auf sie bezogenen Willensacte zeitlich mehr oder weniger aus einander lagen (die s. g. reale Concurrenz), oder ob die mehreren Absichten gleichzeitig neben einander bestanden, und auch die sie verwirklichende Thätigkeit eine continuirlich verlaufende oder sogar völlig gleichzeitig war (die s. g. ideale Concurrenz). Umgekehrt schließt die wirklich stattfindende Einheit der Absicht und damit der Handlung eine Mehrheit concurrirender Verbrechen stets aus, sollte sich auch die Eine Handlung unter verschiedene Strafgesetze subsumiren lassen, oder sollte auch die, auf die Verwirklichung der Einen Absicht bezogene, Thätigkeit

aus mehreren zeitlich zu unterscheidenden Willensacten bestehen, von denen bereits jeder einzelne den Thatbestand des Einen beabsichtigten Verbrechens enthält (das s. g. fortgesetzte Verbrechen).

Anmerk. 1. Insofern es sich bei der Lehre von der Concurrenz der Verbrechen um die Frage handelt, welchen modifizirenden Einfluß eine solche Concurrenz auf die Bestrafung der Verbrechen ausübe, so muß man behaupten, daß dem römischen Rechte diese Lehre überhaupt unbekannt ist. Vermöge des Quästionen-Verfahrens, nach welchem eine gleichzeitige Beurtheilung mehrerer Verbrechen desselben Angeklagten durch dasselbe Gericht nicht vorkommen konnte [1]), fehlte sogar der äußere Anlaß, die Frage nach einer möglichen Modification der Strafe in Folge der Concurrenz von Verbrechen zu berücksichtigen. Der Grundsatz, daß jede Verletzung des Strafgesetzes auch im Falle der heut sogenannten realen wie idealen Concurrenz die entsprechende Strafe nach sich ziehe [2]), blieb aber auch dann noch die Regel, als die späteren Gerichtsinstitutionen die Verfolgung und Bestrafung concurrirender Verbrechen durch ein gemeinsames Verfahren und Urtheil möglich machte [3]). Daß man, wenn die factische Unmöglichkeit die mehreren verwirkten Strafen neben einander zu vollziehen, eintrat, sich mit einer Schärfung der schwersten Strafe begnügte [4]), kann nicht als eine Ausnahme von der Regel betrachtet werden. Wirkliche Abweichungen kommen dagegen bei den Strafurtheilen des Kaisers und Senates allerdings vor [5]), jedoch fehlt es an jedem Zeugniß dafür, daß dies auch auf die Praxis der übrigen Gerichte einen Einfluß geübt [6]), oder daß sich irgend eine feste doctrinäre Ansicht über den Einfluß der Concurrenz auf die Bestrafung der Verbrechen gebildet hätte. Außerdem aber kommen, obwohl für das heutige gemeine Recht bedeutungslos, die Grundsätze des römischen Rechts über die Concurrenz der Klagen in Betracht. Für den Fall, daß dasselbe Verbrechen nach verschiedenen Gesetzen bestraft werden konnte, galt zu allen Zeiten der Grundsatz: ne quis ob idem crimen pluri-

---

1) Rein S. 246—247. Geib Gesch. d. röm. Crim. Proz. S. 654.

2) L. 2. D. de priv. delict. 47, 1. L. 7. §. 5. D. de accusat. 48, 2. L. 9. C. eod. 9, 2. A. M. Savigny System V. S. 238. Dagegen Rein S. 249. Anmerk.

3) Am bestimmtesten ausgesprochen bei Quinctil. Inst. III. 10, 1. Rein S. 248. Geib S. 654. Dagegen Roßhirt Entwickl. S. 107.

4) L. 5. D. de quaest. 48, 18. L. 28. §. 10. D. de poen. 48, 19. L. 6. C. ad l. Iul. de vi 9, 12. L. un. pr. C. de rapt. virg. 9, 13.

5) Geib S. 656 und die Beispiele Not. 485.

6) Die Stellen, welche Geib S. 656 dafür anführt, beweisen nur für die Schärfung der schwersten Strafe im Falle der Unvereinbarkeit mehrerer Strafen.

bus legibus reus fieret[7]), wonach also die von dem Kläger gewählte Klage jede andere gegen dasselbe Verbrechen gerichtete ausschloß. Auf die Frage, was als idem crimen zu betrachten sei, die rücksichtlich des sogenannten fortgesetzten Verbrechens von Interesse gewesen wäre, ist das römische Recht nie eingegangen[8]). Eine Cumulation mehrerer Klagen fand dagegen unzweifelhaft bei der Concurrenz von Civilklagen, sowohl poenales als mixtae und noxales, in der Weise statt, daß der Kläger nach Durchführung der einen Klage eine weitere anstellen und das aus ihr sich ergebende amplius nach Abzug des bereits Empfangenen erlangen konnte[9]). Sehr zweifelhaft und bestritten ist es dagegen, ob bei der Concurrenz von Privatpönalklagen eine alternative oder cumulative Concurrenz stattgefunden habe[10]). Eine Cumulation der Klagen war zuläßig bei der Concurrenz von öffentlichen und Privatstrafklagen, wofern es sich um eine Vermögensverletzung handelte[11]), während im andern Falle die Klagen nur electiv concurrirten, und ebenso unzweifelhaft konnten Privatpönalklagen mit Privatentschädigungsklagen cumulirt werden[12]). Die italienischen Criminalisten schließen sich den Grundsätzen des römischen Rechtes, die auch im canonischen Rechte wiederholt worden waren[13]), insofern an, als sie von dem leitenden Grundsatze ausgehen, daß mehrere Verbrechen auch nothwendig die mehreren durch sie verwirkten Strafen nach sich ziehen[14]), wovon unbedenklich nur dann abgewichen wurde, wenn die mehreren Strafen unvereinbar erschienen[15]). Durch ihr casuistisches Verfahren wurden aber allerdings die Italiener auf die Frage geführt: was als unum crimen zu betrachten, oder in welchem Falle plura delicta anzunehmen seien, eine

---

7) L. 14. D. de accus. 48, 2. L. 7. §. 2. D. u. L. 9. C. eod. L. 41. D. de poen. 48, 19.

8) Vgl. Köstlin Syst. S. 551 wider die abweichende Ansicht Anderer.

9) L. 32. L. 34. pr. L. 41. §. 1. L. 60. D. de O. et A: 44, 7. L. 1. D. vi bon. rapt. 47, 8. L. 88. D. de furt. 47, 2.

10) Rein S. 255 entscheidet sich für die alternative Concurrenz, dagegen Köstlin Syst. S. 557 für die cumulative. Vgl. Schröter De concursu delict. p. 37. Savigny Syst. V. S. 239. Roßhirt a. a. O. S. 119 flg.

11) L. 4. D. de pub. iud. 48, 1. L. 7. §. 1. D. de iniur. 47, 10. L. un. C. quando civ. act. 9, 31. Vgl. Roßhirt a. a. O. S. 134 flg. Rein S. 258.

12) L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2. L. 29. pr. D. depos. 16, 3. L. 7. C. furt. 6, 2. L. 7. §. 1. D. de condict. furt. 13, 1. L. 15. §. 46. L. 25. D. de iniur. 47, 10.

13) C. 1. X. de poen. 5, 37. C. 27. X. de sent. excomm. 5, 39.

14) J. Clarus §. fin. qu. 84. n. 3. P. Farinac. qu. 22. n. 1.

15) J. Clarus l. c. qu. 99. n. 9. P. Farinac. l. c. n. 30. 31., der sich auch dagegen ausspricht, daß die mehrerer Strafen zu vereinigen seien, indem man in der Vollstreckung von der geringeren beginnend zur schwereren fortschreitet.

Frage, die schon bei den Glossatoren und älteren Criminalisten vielfach besprochen, aber in durchaus casuistischer Weise, ohne daß irgend eine allgemeinere Regel sich gebildet hätte, beantwortet wird [16]). Erst im 16ten Jahrhundert gewinnt diese ganze Lehre besonders bei Clarus und Farinacius eine festere Gestalt, indem die Fälle der Concurrenz näher unterschieden werden. Hiernach soll eine Cumulation der verwirkten Strafen unbedingt stattfinden, wenn mehrere zeitlich getrennte verbrecherische Handlungen vorliegen [17]), gleichviel ob sie verschiedenartige oder gleichartige sind, welcher letztere Fall als reiteratio criminis bezeichnet wird [18]). Eine solche die Cumulation der Strafen bewirkende reiteratio soll aber nur dann angenommen werden, wenn es sich um delicta momentanea, d. h. solche handelt, die mit einer verbrecherischen That abgeschlossen sind [19]), nicht bei delicta successiva, bei denen zwar eine wiederholte verbrecherische Thätigkeit stattfindet, die aber ad eundem finem vorgenommen wird und für den Verletzten nicht eine mehrfache oder erhöhte Beschädigung bewirkt, wie z. B. der mehrfache ehebrecherische Umgang derselben Personen, die zu verschiedener Zeit geschehene mehrfache Fälschung derselben Urkunde zu demselben Zwecke. In diesem als continuatio delicti bezeichneten Falle soll nur e i n e Strafe, aber in geschärftem Maße, zuerkannt werden [20]). Ebenso suchte man den Rigorismus, mit welchem die Glossatoren an der Cumulation der Strafen auch für den Fall der heut sogenannten idealen Concurrenz festgehalten hatten, zu beschränken. Demnach wurde die ältere Regel, nach welcher stets mehrere Strafen eintreten sollten, wenn gleichzeitig eine mehrfache, gleichartige Beschädigung des Verletzten stattgefunden hat, z. B. wenn er mehrere Wunden empfing, wenn er durch den Gebrauch mehrerer Schimpfwörter beleidigt wurde, dahin beschränkt, daß sie nur gelten solle quando lex loquitur in rem, d. h. die Strafe ausdrücklich für die einzelne zugefügte Beschädigung verhängt, nicht aber wenn das Gesetz die Strafe auf die Person dessen, der verwundet, injuriirt hat, bezieht [21]). Im letztern Fall soll die gesetzliche Strafe weder mehrfach noch auch nur einfach, sondern mit einer Schärfung verhängt werden. Wenn sich ferner aus derselben Thätigkeit der Thatbestand

---

16) Bartolus ad leg. 21. 67. §. 2. D. de furt. 47, 2. ad leg. 2. D. de priv. del. 47, 1. ad L. 15. §. 2. D. de iniur. 47, 10. Ang. Aret. Gl. fecit insult. Gl. verba iniuriosa. August. ibid. Decianus VI. 5, 14.

17) J. Clarus l. c. qu. 84. n. 2. 4. P. Farinac. l. c. n. 2—5.

18) J. Clarus l. c. n. 6. P. Farinac. l. c. n. 4.

19) P. Farinac. l. c. n. 17.

20) P. Farinac. l. c. n. 18. 26.

21) J. Clarus qu. 84. n. 2. 3. P. Farinac. l. c. n. 16. 28. 29.

verschiedener Verbrechen ergiebt, die sich sämmtlich auf Erreichung desselben verbrecherischen Zweckes beziehen, so soll auch hier nur eine Strafe und zwar die des schwersten Verbrechens verhängt werden [22]), quia maius delictum absorbet minus, oder wie es Clarus als sprüchwörtliche Regel bezeichnet, qui minora delicta confunduntur cum maiori.

Von diesen Grundsätzen wich die gemeinrechtliche Praxis in Deutschland völlig ab. Ohne rechtes Verständniß ihrer Unterscheidungen berichtet zwar Carpzow über die Ansichten der Italiener, jedoch nur um sie schließlich als verwirrend völlig zu verwerfen [23]). Im Gegensatze hierzu entwickelt er aus der Praxis seiner Zeit für die verschiedenen, möglicherweise concurrirenden Strafen, eine Reihe von Regeln, welche sämmtlich in dem einen Grundsatze übereinkommen, daß in allen Fällen die größere Strafe die geringere absorbire, ein Grundsatz der freilich in Rücksicht auf die Vereinbarlichkeit der Strafen mehrfach limitirt, und keineswegs folgerecht durchgeführt wird [24]). Gegen die Carpzowsche in der Praxis herrschende Auffassung erhoben sich zuerst Böhmer und Leyser [25]), indem sie die Regel poena maior absorbet minorem verwarfen, und auf das römische Recht wie die Carolina Art. 108 und 163 gestützt, die Cumulation der Strafen forderten, soweit sie nicht durch deren Unvereinbarkeit unmöglich gemacht werde. Während sie aber bei der Cumulation der Strafen stets eine Mehrheit von Verbrechen voraussetzten, ließen sie die Frage, was als idem delictum zu betrachten sei, durchaus unerörtert, so daß sie im Resultat von Carpzow nur insoweit abwichen, als sie die Unvereinbarkeit der Strafen strenger auffaßten, und zu dem schon von Farinacius bekämpften Grundsatze zurückkehrten: es müsse eine Cumulation der Strafen stets eintreten, falls sie bei dem Vollzuge durch ein Fortschreiten von der geringern zur größern Strafe überhaupt möglich sei. Mochte diese Ansicht immerhin den Bestimmungen der gemeinrechtlichen Quellen näher kommen als die entgegengesetzte Carpzows, so war sie doch dem Wesen der Sache nach nicht minder einseitig und fand darum in der Praxis wie in der Doctrin wenig Anklang, indem vielmehr selbst bis an das Ende des 18. Jahrhunderts eine durchaus principlose Willkür die Herrschaft behauptete [26]). Koch

22) J. Clarus qu. 84. n. 4. 5. P. Farinac. l. c. n. 19—25.

23) Pract. qu. 132. n. 7—17.

24) l. c. n. 19 sq.

25) Böhmer Elem. iurisp. crim. II. 1. §. pen. Leyser Spec. 544. med. 3. Böhmer ad Carp. ad qu. 132. obs. 1.

26) Püttmann Elem. I. 2. §. 87. Meister Princip. i. c. §. 114. Quistorp I. §. 88—90. Ebenso auch in der Strafgesetzgebung des 18. Jahrhunderts vgl. Cod. Max. I. 1. art. 36. A. L. R. II. 20. §. 52—57.

war es endlich, welcher auf den richtigen Weg einlenkte, indem er, nach dem Vorgange der Italiener, die verschiedenen Fälle der Concurrenz näher unterschied und weder die Cumulation der Strafen, noch die Absorbtion der geringeren durch die größere Strafe als unbedingt geltende Regel bestehen ließ [27]). Er unterscheidet nämlich den concursus delictorum simultaneus und den concursus successivus, und in Betreff des letzteren weiter den concursus obiectivus, welcher sich aus mehreren der Art nach verschiedenen Handlungen ergiebt, und den concursus vel continuatus vel reiteratus, welcher mehrere der Zahl aber nicht der Art nach verschiedene Handlungen voraussetzt, die sich entweder auf dasselbe oder auf verschiedene Objecte beziehen. Hiernach soll bei dem concursus simultaneus wie continuatus, weil nur ein Verbrechen vorliege, nur eine Strafe und zwar die schwerste verhängt werden, bei dem concursus reiteratus dagegen eine Cumulation der Strafen stattfinden, so weit diese vereinbar erscheinen. Die Regel poena maior absorbet minorem mit der Bestimmung, daß die schwerste Strafe noch zu schärfen sei, läßt er mit hergebrachten willkürlichen Beschränkungen für den concursus obiectivus gelten. Ihm folgte im Wesentlichen die neuere Doctrin, wobei jedoch die technischen Bezeichnungen mehrfach wechselten, indem man den concursus simultaneus und successivus auch als formale und materiale [28]), als ideale und reale Concurrenz bezeichnete [29]), den concursus continuatus und reiteratus als concursus homogeneus zusammenfaßte und ihm den concursus heterogeneus entgegensetzte [30]). In neuerer Zeit sind noch andere Bezeichnungen vorgeschlagen worden, die aber bis jetzt wenig Anklang gefunden haben [31]). Wenn sich aber zwar auf diesem Wege die Ansichten in der Lehre von der Concurrenz mehr und mehr abgeklärt haben, so herrscht doch im Einzelnen auch in neuster Zeit noch immer vielfache Meinungsverschiedenheit, und nur darin findet Uebereinstimmung statt, daß nicht mehr der Grundsatz poena maior absorbet minorem, sondern umgekehrt die Cumulation der mehreren verwirk-

---

27) Instit. i. c. §. 158—164.

28) Savigny De concurs. delict. form. 1800.

29) Klein §. 157. Grolman §. 121. Henke §. 137. Schröter De concurs. delict. 1812. Tittmann I. §. 99—100.

30) Feuerbach Lehrb. §. 127—128.

31) So die Unterscheidung in gleichhaltige und ungleichhaltige Concurrenz, vgl. Sander im A. 1836 S. 266 flg. Krug Ueber Concurrenz d. Verb. S. 3. Die Unterscheidung in einartigen und mehrartigen, einthätlichen und mehrthätlichen Zusammenfluß Bauer Abhandl. II. S. 18. Sander a. a. O. S. 273 flg. Vgl. Köstlin N. Revis. S. 875. Syst. S. 538.

ten Strafen als die leitende Regel betrachtet wird, welche einer Modification nur vermöge besonderer sie rechtfertigender Gründe unterliegen könne. Erst in neuster Zeit ist ein sehr beachtenswerther Versuch gemacht worden, in der Lehre von der Concurrenz die von der Doctrin bisher verfolgte Bahn ganz zu verlassen [32].

Anmerk. 2. Die Entwickelung der Lehre von der Concurrenz der Verbrechen hat deutlich genug zu erkennen gegeben, daß bevor vom Einflusse der Concurrenz auf die Bestrafung der Verbrechen irgend die Rede sein kann, die Frage der genauen Beantwortung bedarf; unter welcher Voraussetzung eine Concurrenz von Verbrechen anzunehmen, und wie die möglichen Fälle einer solchen näher zu unterscheiden seien? Eine Concurrenz von Verbrechen im technischen Sinne des Wortes findet statt, wenn mehrere noch nicht getilgte Verbrechen derselben Person gleichzeitig zu bestrafen sind, und es würde die Beantwortung der obigen Frage keiner weiteren Schwierigkeit unterliegen, wenn es in jedem Falle ganz zweifellos wäre, ob nur ein oder ob mehrere Verbrechen vorliegen. Daher befanden sich die Italiener auf dem ganz richtigen Wege, wenn sie sich der Untersuchung zuwandten, was als idem delictum zu betrachten sei. Es lag freilich sehr nahe, daß sie das Strafgesetz zum Criterium der Unterscheidung machten und sodann weiter unterschieden, ob die mehrfache Gesetzübertretung zu verschiedenen Zeiten oder gleichzeitig stattgefunden habe. Wenn sich die Glossatoren nicht scheuten die Consequenzen dieser Anschauung mit aller Schärfe zu ziehen, so sahen sich doch schon die späteren italienischen Criminalisten veranlaßt davon abzuweichen, indem sie sich der Einsicht nicht entziehen konnten, daß nicht überall mehrere Verbrechen vorliegen, wo eine mehrfache Gesetzübertretung stattgefunden hat [33]. Ebenso erwies sich ihnen aber auch die Unterscheidung nach der Zeitbestimmung als eine schwankende, denn wenn eine Cumulation der Strafen für den Fall mehrerer zeitlich getrennter Gesetzübertretungen gefordert wurde, so sollten doch die delicta successiva, weil sie ad eundem finem vorgenommen werden, nur als Ein Verbrechen gelten d. h. die Einheit des Verbrechens sollte hier nicht an der Gesetzübertretung, die eine mehrfache zeitlich getrennte ist, sondern an der Zweckbestimmung abgemessen werden. Die neuere Doctrin, indem sie auf die von Carpzow verlassene Bahn zu-

---

32) John Beiträge zu der Lehre von der Verbrechensconcurrenz in Goltdammers A. III. S. 497 flg. 620 flg.

33) So z. B. wenn sie insultus und darauf folgende percussio doch nur als Ein Verbrechen betrachten, Gandinus Rubr. de poen. imp. plur. delinqu. A. Aretinus u. August. Gl. fecit insult.

rückkehrte, ist zwar allmälig zu Resultaten gelangt, die im Wesentlichen, von Einzelheiten abgesehen, zu billigen sind, hat sich dabei aber mehr vom juristischen Instincte, als von einer wissenschaftlich scharfen und richtigen Auffassung leiten lassen. Wenn man einen concursus successivus und simultaneus, eine materiale und formale, eine reale und ideale Concurrenz unterscheidet, so kommt man mit der Auffassung der Italiener darin überein, daß man zunächst die Einheit oder Mehrheit der Gesetzübertretung zum Criterium macht, und dann weiter unterscheidet, ob die mehrfache Gesetzübertretung durch eine zeitlich getrennte, mehrfache, oder durch dieselbe gleichzeitige Thätigkeit, durch mehreren Handlungen oder Eine Handlung bewirkt worden sei. Das Resultat aber, daß nicht nur aus mehreren Handlungen, sondern daß auch aus Einer Handlung eine Mehrheit von Verbrechen hervorgehen könne, ist jedenfalls ein höchst wunderliches, denn ist das Verbrechen wesentlich Handlung, so setzt eine Mehrheit von Verbrechen auch eine Mehrheit von Handlungen voraus [34]), so daß die Annahme einer idealen Concurrenz, einer Begehung mehrerer Verbrechen durch dieselbe Handlung eine durchaus verwerfliche ist. Der Grund des Irrthums liegt allein darin, daß man bei der ganzen Untersuchung nicht streng am Begriffe der Handlung festgehalten hat [35]). Daß nicht eine jede Mehrheit von Uebertretungen desselben oder auch verschiedener Strafgesetze eine Mehrheit von Verbrechen ergiebt, ist längst anerkannt und bedarf keines Beweises. Dennoch hielt man an dem Principe fest, daß über das Dasein einer Mehrheit von Verbrechen die Mehrheit der Gesetzesübertretungen entscheide, und sah sich dadurch in die Schwierigkeit versetzt, Ausnahmen von jener Regel zu machen, die nur auf Umwegen und durch Nebenrücksichten gerechtfertigt werden konnten. Aber auch die Rücksicht auf die gleichzeitige oder zeitlich geschiedene verbrecherische Thätigkeit kann über Einheit oder Mehrheit der Verbrechen nicht entscheiden, wie sich schon daraus ergiebt, daß die vermeintliche Gleichzeitigkeit des Thuns in Wahrheit meist nicht eine solche, sondern eine rasche Folge zeitlich dennoch getrennter Acte ist. Darum mußten schon die Italiener es erkennen, daß wenn Jemand dem Anderen drei verschiedene Wunden beibringt, dennoch nur Ein Verbrechen anzunehmen sei, obwohl die mehrfache Verwundung durchaus nicht gleichzeitig, sondern successiv erfolgte. Von der Thätigkeit durchaus verschieden

---

34) Bisher ist John a. a. O. S. 630 der einzige, der dies ganz richtig anerkannt hat.

35) Leider wird auch das Verdienstliche der angeführten Abhandlung Johns durch die besonders *in* der Terminologie hervortretende Unklarheit über das Wesen der Handlung und ihrer einzelnen Momente sehr beeinträchtigt.

ist aber die Handlung, und die Rücksicht auf sie vermag allein über Einheit oder Mehrheit der Verbrechen zu entscheiden, wie dies auch die neuere Doctrin durchaus nicht völlig verkannt hat, indem, wo andere Hilfsmittel nicht ausreichen, vielfach von der Einheit und Mehrheit der Willensrichtung oder Absicht die Rede ist. Das Characteristische des gegenwärtigen Zustandes der Lehre von der Concurrenz der Verbrechen ist aber gerade dies, daß diese verschiedenen Criterien durcheinander geworfen und völlig willkürlich nebeneinander benutzt werden. Aber nur die Einheit oder Mehrheit der Handlung kann über Einheit oder Mehrheit der Verbrechen entscheiden. Darum bietet der Fall der sogenannten realen Concurrenz keinerlei Bedenken dar, weil hier über die Mehrheit der Handlungen kein Zweifel obwaltet. Die Schwierigkeit beginnt erst bei dem Falle der sogenannten idealen Concurrenz, und diese ist nur zu lösen, indem man sich zuvor über den Unterschied der Thätigkeit und der Handlung klar geworden ist. Thätigkeit und Handlung sind freilich darin eins Willensäußerung zu sein. Sie unterscheiden sich aber dadurch, daß wir die Thätigkeit als Handlung bezeichnen, wenn wir ihre Momente als zur Einheit zusammengefaßt betrachten, während umgekehrt in der Thätigkeit die Einheit der Handlung aufgelöst erscheint in die Vielheit der einzelnen sich folgenden Willensacte. Das Moment aber, welches die einzelnen Acte der Thätigkeit zur Einheit zusammenfaßt, ist nicht irgend ein Zeitmaß, denn zeitlich weit auseinander liegende Willensacte können Einer Handlung angehören, während umgekehrt zeitlich einander sehr nahe liegende Acte dennoch auf verschiedene Handlungen zu beziehen sind. Ebensowenig hat der Gesetzgeber das Recht darüber zu entscheiden, welche und wie viele Momente einer menschlichen Thätigkeit als Eine Handlung zu betrachten seien. Das Strafgesetz soll die Momente angeben, welche zum Thatbestande eines bestimmten Verbrechens gehören, aber nicht überall, wo sich diese Momente aus einer menschlichen Thätigkeit ergeben, darf darum schon eine abgeschlossene Handlung angenommen werden, da sie möglicherweise erst mit weiter hinzukommenden Momenten eine umfassendere einheitliche Handlung bilden, die nicht beliebig in eine Mehrheit von Handlungen zerlegt werden darf. Ueber die Einheit der Handlung hat nur der Handelnde das Recht zu entscheiden, und er thut dies durch die Absicht. Wo Eine Absicht vorhanden ist, da erscheint das dieser Absicht entsprechende, sie verwirklichende Verhalten des Menschen als Eine Handlung, gleichviel ob dieses Verhalten in einem positiven Thun oder in einer pflichtwidrigen Unthätigkeit besteht. Kann nun zwar von einer Thätigkeit nur die Rede sein, indem ihre Beziehung auf eine zu verwirklichende Absicht vorausgesetzt wird, da im andern Falle

nur eine nach den Gesetzen des Naturcausalismus vor sich gehende Wirksamkeit vorliegen würde, so kann doch immer nur die Absicht darüber entscheiden, welche Momente der Thätigkeit zur Einheit der Handlung zusammenzuschließen sind. Daher erklärt es sich, daß das zeitliche Verhältniß dieser Momente für die Handlung durchaus bedeutungslos ist, so daß also zur Einheit der Handlung durchaus nicht die zeitliche Einheit einer ununterbrochen sich folgenden Reihe von Willensacten erforderlich ist. Darum kann einerseits die Reihe der zu Einer Handlung gehörenden Willensacte zeitlich, so wie durch dazwischen tretende einer andern Handlung angehörende Willensacte unterbrochen werden, und andrerseits ergiebt sich aus der einfachen Thatsache, daß Eine Ursache nicht immer nur Eine Wirkung, sondern möglicherweise eine Mehrheit von Wirkungen hervorzubringen vermag, die Möglichkeit, daß der Handelnde denselben Willensact auf die Verwirklichung verschiedener Absichten bezieht, so daß dann, trotz der Gleichzeitigkeit des Thuns eine Mehrheit von Handlungen vorliegt. Hieraus folgt also, daß wer mehrere Verbrechen beabsichtigte, wie auch seine Thätigkeit beschaffen gewesen sein möge, sich eine Mehrheit verbrecherischer Handlungen zurechnen lassen muß. In dieser Beziehung bedarf aber ein bisher noch außer Acht gelassener Punkt der Berücksichtigung. Es kann das Verbrechen auch unabsichtlich, culpose begangen werden. Bestraft wird aber auch in diesem Falle nicht bloß das Bewirken der Beschädigung eines rechtlichen Gutes, sondern das schuldhafte Verhalten des Willens, die strafbare Handlung. Was als fahrlässige Handlung zu betrachten sei, ist darum auch nicht in Rücksicht auf den gesetzwidrigen Erfolg, sondern in Rücksicht auf die Willensrichtung zu bestimmen. Wie also der Handelnde denselben Willensact zugleich auf die Verwirklichung verschiedener Absichten beziehen kann, so kann auch sein Wille unabsichtlich auf eine Mehrheit strafbarer Erfolge gerichtet sein, und es liegt dann eine Mehrheit fahrlässiger Handlungen vor, wofern nur rücksichtlich eines jeden dieser Erfolge wirklich ein schuldhaftes Verhalten des Willens stattgefunden hat. Bei einem jeden fahrlässigen Verbrechen ist aber keineswegs etwa die gesammte Thätigkeit eine unabsichtliche, sondern ist nothwendig immer auf eine Absicht bezogen, mit und neben welcher sich das nicht Beabsichtigte verwirklicht. Die fahrlässige Handlung setzt also immer zugleich eine absichtliche voraus, auf welche die Thätigkeit gleichsehr bezogen ist, obwohl diese absichtliche Handlung strafrechtlich natürlich nur in Betracht kommt, insofern sie selbst eine verbrecherische ist. Wenn demnach aus einem dolosen Verbrechen sich zugleich eine strafbare culpose Rechtsverletzung ergiebt, so liegen in solchem Falle stets zwei verschiedene strafbare Handlungen

vor. Das Ergebniß ist also der Grundsatz: daß über die Einheit oder Mehrheit der Verbrechen die Einheit oder Mehrheit der Willensbestimmung entscheidet, gleichviel ob diese sich als Absicht oder als Fahrlässigkeit darstellt, und von diesem Grundsatze ausgehend, kommt es nun darauf an die Lehre von der Concurrenz der Verbrechen näher zu erörtern.

Kann von einer Concurrenz von Verbrechen nur die Rede sein, wenn wirklich mehrere Verbrechen vorliegen, welche gleichzeitig gestraft werden sollen, und ist das Verbrechen wesentlich Handlung, dann erfordert die Concurrenz der Verbrechen auch eine Mehrheit von Handlungen, und hieraus ergiebt sich 1) daß der Unterschied der s. g. realen und idealen Concurrenz darum zu verwerfen ist, weil er voraussetzt, daß sich aus Einer Handlung mehrere concurrirende Verbrechen ergeben können. Man könnte hiergegen einwenden, daß es schließlich ein leerer Wortstreit sei, ob man im Falle der s. g. idealen Concurrenz eine oder mehrere Handlungen annehmen wolle. Aber abgesehen davon, daß nicht einzusehen ist, welches Criterium über die Einheit oder Mehrheit der Handlung entscheiden soll, wenn nicht die Einheit oder Mehrheit der Willensbestimmung, der Absicht, so leuchtet es auch ein, daß wenn wirklich verschiedene Absichten gleichzeitig durch ganz dieselben Momente der Thätigkeit verwirklicht werden, ein jedes derselben zugleich auf verschiedene Erfolge ursächlich bezogen ist, durch diese gleichsehr bestimmt wird, und vielleicht ganz anders gestaltet sein würde, wenn es nur dem einen oder andern beabsichtigten Erfolge dienen sollte, so daß die Mehrheit der Handlungen nicht bloß schließlich im Erfolge, sondern auch schon im Verlaufe der ganzen Thätigkeit in der besondern Gestaltung der einzelnen Willensacte sich geltend macht. Wollte man aber die bei der idealen Concurrenz stattfindende Mehrheit der Handlungen zugeben, darum dem Unterschiede der realen und idealen, den der mehrthätigen und einthätigen Concurrenz substituiren, und also behaupten, eine einthätige Concurrenz liege vor, falls aus Einer Thätigkeit mehrere verbrecherische Handlungen hervorgehen, so kann über die Einheit der Thätigkeit, wenn es die Absicht nicht soll, nur die Gleichzeitigkeit entscheiden. Eine solche Auffassung ist aber unhaltbar einmal darum, weil ein Willensact, wenn er vom Handelnden auf verschiedene Absichten ursächlich bezogen und in seiner Gestaltung durch sie bestimmt wird, wie schon erwähnt, trotz seiner zeitlichen Einheit, doch nicht eine einfache, sondern mehrfache Willensäußerung ist, sodann auch darum, weil in den Fällen, die man als die der einthätigen oder idealen Concurrenz bezeichnet, durchaus nicht immer eine zeitliche Einheit der Thätigkeit stattfindet. Wenn Jemand den Andern unerwartet injurirt, ihm Ohrfeigen giebt, um im Momente der

Ueberraschung und Verwirrung einen Taschendiebstahl zu begehen, oder mordet, um ihn zu berauben, so sind dies Fälle, bei denen man nach der bisherigen Auffassung, wenn nicht gar nur Ein Verbrechen, so höchstens eine ideale, nimmermehr eine reale Concurrenz annehmen wird. Aber wenn auch das Schimpfen und Schlagen, das Verwunden eine Thätigkeit ist, die der Handelnde nicht bloß auf das Injuriiren und Morden, sondern gleichzeitig auf die Absicht zu stehlen oder zu rauben bezieht, so ist doch jedenfalls die Besitzergreifung eine von der vorangegangenen Injurie oder Tödtung zeitlich geschiedene Thätigkeit, die auch ihrerseits zur Injurie, zum Morde in keiner ursächlichen Beziehung steht. So reduzirt sich der Unterschied der s. g. realen und idealen Concurrenz darauf, daß in den meisten Fällen der idealen Concurrenz die einzelnen zu den concurrirenden verbrecherischen Handlungen gehörenden Momente der Thätigkeit zeitlich einander näher liegen, als im Falle der realen Concurrenz, und daß im günstigsten Falle eine Gleichzeitigkeit stattfindet, die dennoch dem betreffenden Momente die Bedeutung einer mehrfachen, auf verschiedene Absichten bezogenen Willensäußerung nicht zu entziehen vermag. Mit einem Worte: es ist jener Unterschied ein rein quantitativer, bei dem es sich um das zeitliche Mehr oder Weniger handelt, und der darum für das Wesen der Sache bedeutungslos ist.

Von der bisher ganz allgemein festgehaltenen Unterscheidung der idealen und realen Concurrenz ist nun John [36]) insofern abgewichen, als er den Satz, daß aus Einer Handlung eine Mehrheit von Verbrechen hervorgehen könne, nicht anerkennt; er ist aber der Sache nach in anderer Weise zu dieser Unterscheidung zurückgekehrt. Zunächst kann seine Terminologie, wonach „Entschluß" den noch nicht in die Erscheinung übergegangenen Willen, der die Handlung bereits beschlossen hat, „Vorsatz" den zur äußeren Erscheinung gelangten Willen bezeichnen soll, durchaus nicht gebilligt werden. Aber der unrichtige Sprachgebrauch führte zugleich zu einem in der Sache selbst liegenden Fehler. Der früheren Auffassung gegenüber, welche immer ein besonderes Gewicht auf die Einheit oder Mehrheit der Gesetzesübertretungen legte, ist es sehr verdienstlich, wenn John statt dessen die Mehrheit der Rechtsverletzungen zum unterscheidenden Criterium für die Mehrheit der concurrirenden Verbrechen macht [37]). Es ist dies aber

36) a. a. O. S. 626 flg.

37) Es wird aber dann darauf ankommen, die Rechtsverletzung in diesem Falle richtig zu bestimmen, was John selbst nicht immer gethan hat, wenn er z. B. S. 624 bei dem Meineide das Forderungsrecht des Gläubigers, das der meineidige Schuldner ableugnet, als das Object der Rechtsverletzung betrachtet.

doch nur insofern richtig, als die Mehrheit der Rechtsverletzungen in der Regel, aber wie sich bei der Betrachtung des fortgesetzten Verbrechens ergeben wird, doch nicht immer, eine Mehrheit von Absichten und Handlungen voraussetzt, oder mit anderen Worten, es kann aus der Mehrheit der Rechtsverletzungen mit größerer oder geringerer Sicherheit auf die Mehrheit der Handlungen und Verbrechen geschlossen werden, sie ist aber nicht selbst das allein entscheidende Criterium. Als Fälle wahrer Concurrenz unterscheidet nun John einerseits den Fall, daß aus Einem Entschlusse entweder mehrere selbständig neben einander bestehende Rechtsverletzungen, oder mehrere als Mittel und Zweck sich auf einander beziehende Rechtsverletzungen hervorgehen, andrerseits den Fall, daß in Folge verschiedener Entschlüsse entweder dasselbe Rechtsverhältniß mehrmals, oder verschiedene Rechtsverhältnisse verletzt werden. Es ist dies offenbar der Unterschied der idealen und realen Concurrenz, nur daß der Einheit oder Mehrheit der Handlungen hier die Einheit oder Mehrheit der Entschlüsse als das entscheidende Criterium substituirt ist. Wird nun der Entschluß richtig als das Moment der Handlung aufgefaßt, in welchem der Wille aus seinem theoretischen Verhalten der denkenden Gestaltung des Vorsatzes und der Absicht, zum practischen Verhalten, zur thätigen Verwirklichung der Absicht übergeht, so ist jene Unterscheidung falsch, weil sie auf der Voraussetzung beruht, daß Ein Verbrechen auch immer nur aus Einem Entschlusse hervorgehe, und daß eine Mehrheit von Entschlüssen auch immer eine Mehrheit von Verbrechen ergeben müsse. Ein jedes Verbrechen, das eine, lange Zeit andauernde und darum auch wohl zeitlich unterbrochene, Thätigkeit erfordert, z. B. die Münzfälschung, die vielleicht eine mehrere Wochen dauernde Arbeit nöthig macht, bevor die erste falsche Münze fertig wird, kann als Beweis dafür dienen, daß ein und dasselbe Verbrechen nur durch eine ganze Reihe immer erneuerter Entschließungen zur Vollendung geführt werden kann. Damit soll freilich die Thatsache, daß Eine Handlung oder auch mehrere aus Einem Entschlusse entspringen können, nicht geleugnet werden. Wird aber, wie bei John, der Entschluß in dem Sinne genommen, daß er die Absicht mit umfaßt, so ist jene Unterscheidung darum falsch, weil eine Mehrheit verbrecherischer Handlungen nothwendig eine Mehrheit von Absichten oder von Entschlüssen, in dem hier damit verbundenen Sinne, voraussetzt. Handlung ist doch wohl nichts anderes als Verwirklichung des Gewollten, und es ist darum nicht einzusehen, wie eine Mehrheit von Handlungen vorliegen soll, wenn nicht auch Mehreres gewollt d. h. beabsichtigt wurde. Es offenbart sich hier wiederum der Fehler der darin liegt, daß die Mehrheit der Rechtsverletzungen, die als Beweismittel für

die der Absichten und Handlungen dienen kann, selbst als das entscheidende Criterium dafür angesehen wird.

Es ergiebt sich demnach 2) daß die Concurrenz in einem jeden Falle eine reale in dem Sinne ist, daß stets mehrere selbständige verbrecherische Handlungen vorliegen, und daß bei wirklicher Einheit der Handlung von einer Concurrenz nie die Rede sein kann. Nach der bisherigen Auffassung wird nun eine s. g. reale Concurrenz in den Fällen angenommen, in welchen nicht bloß die Mehrheit der Verbrechen, sondern auch die der Handlungen äußerlich leicht erkennbar hervortritt, weil die Thätigkeit ein zeitlich schärfer geschiedener ist, als in den meisten Fällen der s. g. idealen Concurrenz. Wird daher in diesen Fällen die Mehrheit der Handlungen ausdrücklich anerkannt, so bedürfen sie keiner näheren critischen Betrachtung. Eine nothwendige Folge davon, daß man über die Mehrheit der Handlungen ein dazu ungeeignetes Criterium, die zeitliche Verschiedenheit der Thätigkeit, entscheiden ließ, war es aber, daß man in Rücksicht auf diese wirklich stattfindende zeitliche Verschiedenheit einen Fall unter die reale Concurrenz subsumiren mußte, welcher nicht dahin gehört, weil er überhaupt gar kein Concurrenzfall ist. Schon die Italiener sahen sich genöthigt die reiteratio und continuatio criminis zu unterscheiden, und für letztere nur Eine Strafe zu verhängen[38]). Aber auch die neuere Doctrin hat meist die Inconsequenz begangen, das fortgesetzte Verbrechen der herkömmlichen Eintheilung der Concurrenzfälle einzuordnen[39]), und selbst diejenigen Criminalisten, welche das fortgesetzte Verbrechen, weil es nur Eine Handlung sei, von den Concurrenzfällen ganz ausscheiden[40]), begehen die Inconsequenz, daß sie in anderen Fällen, trotz der vorausgesetzten Einheit der Handlung, eine Concurrenz von Verbrechen annehmen. Wenn daher zwar die gegenwärtig herrschende Ansicht rücksichtlich ihres schließlichen Ergebnisses als die ganz richtige anzuerkennen ist, so bedarf doch 3) das fortgesetzte Verbrechen als ein von der Concurrenz völlig auszuschließender Fall rücksichtlich seiner Begriffsbestimmung der näheren Erörterung. Die ältere Ansicht geht in dieser Beziehung dahin, daß von der reiteratio delicti, dem wiederholten Verbrechen, als einem Falle der wirklichen successiven, materialen oder

38) Vgl. oben J. Clarus u. P. Farinac. l. c.

39) Koch Instit. §. 158. Feuerbach §. 128. Schröter Handb. §. 164 flg. Abegg Lehrb. §. 161. Wächter §. 122.

40) Sander im A. 1836 S. 280 flg. Roßhirt Entwick. S. 112 flg. Marezoll S. 203. Heffter §. 77. 163. Köstlin Syst. §. 138. Berner Lehrb. §. 141. 142.

realen Concurrenz, die continuatio delicti, das fortgesetzte Verbrechen zu unterscheiden sei, indem zwar in beiden Fällen eine mehrfache, der Zeit nach verschiedene Thätigkeit stattfinde, die sich aber in jenem Falle auf verschiedene Zwecke oder Objecte, in diesem auf denselben Zweck oder dasselbe Object beziehe[41]). In der neuern Doctrin ist es bisher nur einmal versucht worden im Gegensatze zu dieser Auffassung das fortgesetzte Verbrechen als einen Fall wirklicher Concurrenz mehrerer selbständiger Verbrechen zu betrachten, bei welchem eine Cumulation der Strafen nur in Rücksicht auf anderweitige Milderungsgründe nicht zulässig sei[42]). Als Grund dafür wurde angegeben, daß bei dem fortgesetzten Verbrechen weder Einheit des Objectes stattfinde, noch auch Identität des Entschlusses psychologisch denkbar sei. Von der geleugneten Einheit des Objectes abgesehen, auf welche wir zurückkommen, ist rücksichtlich der Einheit oder Mehrheit des Entschlusses zu bemerken, daß die ganze Lehre von der Concurrenz gerade darum an großer Verwirrung leidet, weil man ebenso wie Handlung und Thätigkeit, ebenso auch Willensbestimmung, Willensrichtung, Entschluß, Vorsatz, Absicht, Zweck in höchst unklarer Weise durcheinander wirft, und diese Bezeichnungen bald unterscheidet, bald promiscue gebraucht. Ist es der Entschluß, in welchem der Wille aus seinem theoretischen in das practische Verhalten übergeht, so ist es allerdings ganz richtig, daß eine zeitlich geschiedene, wiederholte Thätigkeit nicht aus Einem Entschlusse hervorgehen kann, sondern daß es einer erneuerten Entschließung zur Thätigkeit bedarf. Aber aus der Mehrheit der Entschließungen folgt keineswegs die Mehrheit der Handlungen, wie umgekehrt unzweifelhaft aus Einem Entschlusse sich mehrere Handlungen ergeben können. Auch hier gilt also der erörterte Grundsatz, daß über die Einheit der Handlung nur die Einheit der Willensbestimmung, sei sie culpa oder dolus, entscheidet, so daß sich also eine Mehrheit von Entschließungen sehr wohl auf die Verwirklichung derselben, andauernd festgehaltenen Absicht beziehen kann[43]). Von

---

41) Die Einheit des Zweckes wurde zuerst von den Italienern geltend gemacht, P. Farinac. qu. 22. n. 17., so auch noch von Engau Elem. §. 79. Dem wurde aber bald ganz allgemein die Einheit des Objectes substituirt. Püttmann Elem. §. 33. Koch l. c. §. 158. Meister Princip. §. 114. Quistorp I. §. 30. Kleinschrod I. §. 74. Feuerbach §. 128. Jarke I. §. 51. Abegg §. 161.

42) Trefurt im A. 1838 S. 423—430.

43) Vgl. Köstlin System S. 544, der die Ansicht Trefurts richtig widerlegt, bei dem aber auch in der ganzen Lehre von der Concurrenz die oben angedeutete Unklarheit und Verwirrung herrscht. In neuster Zeit hat wiederum Berner Lehrb. §. 142. das fortgesetzte Verbrechen als fortschreitende Ausfüh-

diesem einen Versuche, das fortgesetzte Verbrechen als Concurrenzfall zu behandeln, abgesehen, hat die neuere Doctrin übereinstimmend an der entgegengesetzten Ansicht festgehalten, nur daß man die Einheit des Verbrechens in sehr verschiedener Weise zu begründen suchte. Die völlig vage Bestimmung des fortgesetzten Verbrechens als eines gewissen Zusammenhanges der mehreren Acte, welcher durch die Natur des Verbrechens oder durch die Begehungsweise bewirkt werde, ist später von ihrem Urheber selbst aufgegeben worden[44]). Nicht weniger schwankend war die Ansicht, nach welcher über die Einheit des fortgesetzten Verbrechens eine Mehrheit von Criterien entscheiden sollte, indem sie entweder durch die Einheit des Entschlusses, oder durch die Beziehung der Thätigkeit auf das nämliche dauernde Verhältniß, oder dadurch bewirkt werden soll, daß die mehreren Acte als Bestandtheile oder Stufen derselben That erscheinen[45]). Abgesehen von der schon erörterten Untauglichkeit des Entschlusses, um aus ihm die Einheit der Handlung zu folgern, war die Einheit des „Verhältnisses" eine völlig unfaßbare, so wie die Einheit der, verschiedene Stufen umfassenden, That eine Voraussetzung war, die eben erst erwiesen werden sollte. Auf dem richtigeren Wege befanden sich diejenigen, welche die Einheit des fortgesetzten Verbrechens lediglich auf ein subjectives Moment zurückzuführen suchten, obwohl sie freilich dasselbe nicht richtig und bestimmt zu fassen wußten. Eine unbewußte Rückkehr zur Auffassung der Italiener war es, wenn die Einheit des fortgesetzten Verbrechens auf die des Motives, oder was damit identisch ist, des Zweckes zurückgeführt wurde[46]), und fast wörtlich mit Farinacius stimmt es überein, wenn für das fortgesetzte Verbrechen ein innerer bewußter Causalzusammenhang der mehreren gleichartigen oder ungleichartigen verbrecherischen Acte gefordert wird, indem der eine als das nothwendige Mittel oder die Folge des anderen, oder alle als Folgen eines Motivs erscheinen[47]). Nach dem was früher[48]) über die Bedeutung des Motives und Zweckes gesagt worden ist, bedarf es keines Beweises dafür, daß sie über die Einheit der verbrecherischen Handlung nicht ent-

---

rung desselben verbrecherischen Entschlusses bezeichnet. Ebenso John a. a. O. S. 620.

44) Mittermaier im N. A. II. S. 212 flg. Derselbe in Demmes Annalen I. S. 1 flg. und zu Feuerbach §. 128a. Note 8.

45) Bauer Anmerk. I. S. 598—602. ähnlich Heffter §. 77. Dagegen vgl. Bauer Abhandl. II. 40.

46) Sander im A. 1836 S. 372 flg.

47) Krug a. a. O. S. 9 flg. cf. P. Farinacius qu. 22. n. 22—24.

48) oben §. 99 flg.

scheiden können. Mit dieser Auffassung stimmt es überein, wenn Roßhirt[49]) das fortgesetzte Verbrechen als eine Mehrheit von Handlungen bezeichnet, durch deren Verbindung ein bestimmtes verbrecherisches Resultat erlangt werden soll, nur daß er ganz richtig der Einheit des Motives und Zweckes, die der Absicht substituirt. Auf die große Bedeutung der einheitlichen Willensbestimmung war allerdings schon früher hingewiesen worden[50]), aber die Unklarheit in der Auffassung und Bezeichnung derselben hatte es bewirkt, daß man sie nicht für genügend erachtete, sondern auch noch Einheit des Objectes forderte, und dazu ist man, nachdem so viele andere Versuche gescheitert waren, in neuster Zeit zurückgekehrt[51]). Insbesondere hat es Köstlin unternommen die vielfach angefochtene Forderung des einheitlichen Objectes dadurch zu rechtfertigen, daß er diese Einheit näher und richtiger zu bestimmen versuchte, und was davon zu halten sei, wird sich sogleich ergeben.

Ist das fortgesetzte Verbrechen, wie jetzt allseitig anerkannt wird, eben nur Ein Verbrechen, dann ist die wesentlichste Voraussetzung desselben die Einheit der Willensbestimmung. Als fortgesetztes unterscheidet sich aber das in sich einheitliche Verbrechen von anderen nur durch eine eigenthümlich beschaffene Thätigkeit, daß nämlich hier mehrere zeitlich geschiedene Acte vorliegen, von denen jeder einzelne alle zum Thatbestande eines bestimmten Verbrechens gehörigen Momente enthält. Würden also diese verschiedenen Acte an sich geeignet sein eine Mehrheit verbrecherischer Handlungen zu ergeben, so ist es zunächst eine reine im concreten Falle zu beantwortende Thatfrage, ob diese Acte auf die Verwirklichung einer Mehrheit von Willensbestimmungen, oder nur einer bezogen waren. Ist das Letztere der Fall, dann bilden jene Acte, trotz der zeitlichen Geschiedenheit, nur Eine Handlung, und der Unterschied des fortgesetzten von einem andern Verbrechen liegt darum nur darin, daß, indem dieselbe Willensbestimmung sich in einer immer erneuerten Entschließung und Thätigkeit verwirklicht, sich eine größere Intensität des verbrecherischen Willens, oder auch zugleich ein quantitativ größerer Umfang der Rechtsverletzung ergiebt. Kommt es also gerade auf dieses beharrliche Festhalten der Willensbestimmung an, deren fortdauernder Verwirklichung die einzelnen verbrecherischen Acte die-

---

49) Entwickel. S. 112 flg.

50) Schröter Handb. I. §. 165—167. Henke Handb. I. §. 91. Martin §. 64.

51) Mittermaier in d. Annalen a. a. O. Marezoll S. 203—204. v. Jagemann im A. 1849 S. 227 flg. Köstlin N. Revis. §. 214. System §. 138. Anmerk. 1. John a. a. O. S. 620.

nen, so ergiebt sich auch, daß es kein fortgesetztes fahrlässiges Verbrechen giebt, da hier von einer bewußten Beziehung mehrerer zeitlich geschiedener Willensacte auf denselben rechtsverletzenden Erfolg nicht die Rede sein kann [52]). Die einheitliche Willensbestimmung kann also bei dem fortgesetzten Verbrechen sich nur als Absicht darstellen, und es braucht hier nicht nochmals erinnert zu werden, daß es falsch und verwirrend ist, wenn statt dessen von der Einheit des Entschlusses gesprochen wird [53]). Selbst von der Einheit des Vorsatzes darf in Rücksicht auf den früher erörterten Unterschied von Vorsatz und Absicht nicht die Rede sein [54]). Aber diese Einheit der Absicht in Verbindung mit den wiederholten auf ihre Verwirklichung sich beziehenden verbrecherischen Willensacten, soll zur Bestimmung des fortgesetzten Verbrechens nicht genügen, vielmehr wird ferner noch die Gleichartigkeit der einzelnen Acte, so wie die Einheit des Objectes gefordert. Es mag nun zunächst zugegeben werden, daß die Ansicht derer, welche ein fortgesetztes Verbrechen auch bei ungleichartigen verbrecherischen Acten annehmen [55]), verwerflich ist, indem dann die vermeintliche Einheit der Handlung an Criterien abgemessen wird, die dazu völlig ungeeignet sind. Ebenso kann nicht geleugnet werden, daß die s. g. Einheit des Objectes für die Entscheidung, ob e i n fortgesetztes, oder ob mehrere concurrirende Verbrechen vorliegen, ihre Bedeutung hat. Es fragt sich hierbei aber, ob dies wirklich selbständige von der Einheit der Absicht verschiedene Momente des Begriffes des fortgesetzten Verbrechens sind. Ohne Zweifel sind bei der viel besprochenen Einheit des Objectes viele Fehler aus dem Umstande erwachsen, daß man sich nicht genügend klar machte, welches das eigentliche Object der einzelnen Verbrechen sei, aber so sehr auch Köstlin diese Fehler im Einzelnen berichtigt hat, so sind noch manche Zweifel übrig und in einzelnen Fällen, namentlich bei den gegen das Eigenthum gerichteten Verbrechen, ist er die Antwort, was als Ein Object zu betrachten sei, ganz schuldig geblieben. Das Fehlerhafte der ganzen Auffassung tritt aber in dem Grunde hervor, der für die Forderung der Gleichartigkeit der Acte und der Einheit des Objectes angeführt wird. Es soll damit nämlich der Willkür des Verbrechers, der ohne diese Forderung alle wiederholten Verbrechen durch die Behauptung Eines Generalentschlusses

---

52) Schröter §. 154. Trefurt a. a. O. S. 425. Köstlin Syst. S. 549.

53) wie dies auch wiederum Köstlin System S. 547 und John a. a. O. trotz der Ausführung Trefurts gethan haben.

54) Von einem Vorsatze oder getrennten Vorsätzen spricht Martin a. a. O.

55) So schon Farinacius l. c. Vgl. Krug a. a. O.

decken könnte, entgegengetreten werden. Hieraus ergiebt sich, daß es sich bei jenen Forderungen gar nicht um Begriffsmomente des fortgesetzten Verbrechens, sondern um Beweismittel für die Einheit der Absicht handelt [56]). Jene vermeintliche bodenlose Willkür, welche für den Fall besorgt wird, daß die Einheit der Absicht nicht noch durch die des Objectes ergänzt wird, kann in Wahrheit gar nicht stattfinden, da der Handelnde bei der Gestaltung der Absicht an das Causalitätsgesetz gebunden ist, und nur das als den Erfolg absehen kann, was mit seiner vorgesetzten Thätigkeit im Causalzusammenhange steht. Der Handelnde kann also zwar mehrere verschiedene Handlungen als Mittel für denselben Zweck betrachten, z. B. mehrere Diebstähle, Betrügereien, Fälschungen als Mittel für den Zweck sich Geld zu einer Reise zu verschaffen, er kann aber nicht willkürlich diese vielgestaltige Thätigkeit auf die Verwirklichung Einer Absicht beziehen, denn da die Thätigkeit und deren besondere Gestaltung wesentlich durch ihre ursächliche Beziehung auf die Absicht bedingt wird, so giebt sich, wie schon oben gesagt wurde, die Einheit oder Mehrheit der Absicht nicht bloß im schließlichen Erfolge, sondern auch schon im Verlaufe der Thätigkeit kund [57]). Wenn daher die Absicht die besondere Beschaffenheit der Thätigkeit bedingt, so kann freilich auch umgekehrt aus der Gestaltung der Thätigkeit auf die Einheit oder Mehrheit der Absicht geschlossen werden. Begeht also Jemand zu verschiedenen Zeiten verschiedenartige Verbrechen, z. B. Brandstiftung

---

56) Wenn daher Köstlin selbst Syst. S. 547 für Feststellung der Grenze zwischen Einheit und Mehrheit des Objectes die Norm angiebt, das Object müsse so beschaffen sein, daß es glaublich sei, der Thäter habe die verschiedenen Acte in Einen Entschluß zusammengefaßt, so widerspricht er sich einerseits selbst, indem er die Einheit der Willensbestimmung nicht durch die des Objects ergänzt, sondern jene zum Maßstabe dieser macht, und andrerseits spricht er es selbst aus, daß es sich nur um die Beweisfrage handelt.

57) Soll also überhaupt das subjective Moment, die Einheit der Absicht, als Criterium für die Einheit der Handlung und des Verbrechens nicht genügen, sondern noch ein objectives Moment hinzukommen, dann ist es ganz richtig, wenn John a. a. O. der geforderten Einheit des Objectes die der Rechtsverletzung substituirt, denn erst damit wird die ganz unklare Vorstellung dessen, was man Object nennt, klar und bestimmt. Darum müssen auch die Folgerungen Johns, daß das fortgesetzte Verbrechen bei einer Mehrheit verschiedenartiger Rechtsverletzungen ausgeschlossen ist, daß das fortgesetzte Verbrechen nur in Betreff solcher Rechte möglich ist, die „theilbar," oder besser quantitativ bestimmbar und in größerem oder geringerem Maße verletzbar sind, als ganz richtig zugegeben werden. Das Alles ist aber nur eine Folge davon, daß das fortgesetzte Verbrechen Einheit der Absicht voraussetzt, die bei der Verletzung verschiedenartiger oder mehrerer gleichartiger „untheilbarer" Rechte nicht stattfinden kann. Darum ist es überflüssig dieses Moment als für die Einheit der Handlung entscheidend mit aufzunehmen, und es ist bedenklich dies zu thun, weil es nicht in allen Fällen das entscheidende ist.

und Mord, oder gleichartige Verbrechen, z. B. Verwundung, zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Personen, so genügt die Beschaffenheit der Thätigkeit allein, um auf eine Mehrheit von Absichten zu schließen. Umgekehrt ist aus der Gleichartigkeit der verbrecherischen Acte und der Einheit des Objectes, z. B. in dem öfter angeführten Falle, daß Jemand die einzelnen Stücke eines zerlegbaren Schranks allmälig in verschiedenen Nächten stiehlt, mit großer Wahrscheinlichkeit auf Eine Absicht und damit auf ein fortgesetztes Verbrechen zu schließen. Aber eine absolute Gewißheit ist auch in solchen Fällen nicht anzunehmen, da es sehr wohl möglich ist, daß der Handelnde im Verlaufe der Thätigkeit, z. B. von Reue überfallen, seine verbrecherische Absicht völlig aufgiebt, und später durch andere Umstände veranlaßt sie von neuem aufnimmt [58]). Trotz der Einheit des Objectes und der Gleichartigkeit der Acte findet kein fortgesetzter, sondern wiederholter Ehebruch statt, wenn der ehebrecherische Gatte, nachdem er für vorübergehende Zeit zur Treue zurückgekehrt war und sich mit dem andern Gatten ausgesöhnt hatte, später demselben Laster verfällt. Während also das Wesen des fortgesetzten Verbrechens lediglich durch die Einheit der Absicht und die fortgesetzte ursächlich auf sie bezogene verbrecherische Thätigkeit bestimmt wird, haben Gleichartigkeit der Acte und Einheit des Objects nur die Bedeutung Hilfsmittel für den Beweis der einheitlichen Absicht zu sein, und in dieser Beziehung muß noch weiter gegangen werden, indem ebensosehr alle übrigen thatsächlichen Voraussetzungen der Handlung, Ort, Zeit, Gelegenheit, Mittel u. s. w. dem Beweise der Einheit oder Mehrheit der Absicht dienen können [59]). Der concrete Fall muß es ergeben, ob unter den gegebenen factischen Voraussetzungen der Thäter die mehreren Acte mit Fug sich als Eine Handlung denken konnte [60]), oder ob die behauptete Einheit der Absicht nur Vorwand ist, und darum ist es ein für die meisten Fälle verfehltes Unternehmen, wenn man für die verschiedenen Arten von Verbrechen abstract die Bedingungen angeben will, unter denen sie als fortgesetzte Verbrechen zu betrachten seien [61]).

---

58) Wie dies John a. a. O. S. 621 ganz richtig geltend macht.

59) worauf Köstlin S. 548 N. 7. selbst hinweist.

60) So modifizirt ist der von Köstlin S. 548 a. E. ausgesprochene Grundsatz durchaus richtig, aber auch die vollständigste Widerlegung seiner ganzen Auffassung des fortgesetzten Verbrechens.

61) Daher denn auch in der Erörterung der einzelnen Beispiele fortgesetzter Verbrechen nothwendig die größte Meinungsverschiedenheit obwaltet, vgl. Köstlin S. 545 — 547. Viel treffender ist die Erörterung einzelner Fälle bei John, obwohl auch er Fehler begeht und sich z. B. S. 623 die Verschiedenheit der Rechtsverletzung bei dem Betruge und der Fälschung nicht klar gemacht hat.

Was sodann 4) die Fälle betrifft, welche unter die s. g. ideale Concurrenz subsumirt werden, so ist im Allgemeinen bereits angegeben, daß ihr Unterschied von der s. g. realen Concurrenz ein durchaus unhaltbarer ist, weil sie sich im günstigsten Falle auf die Gleichzeitigkeit des Thuns gründet, aus welcher durchaus nicht nothwendig eine Einheit der Handlung zu folgern ist. Wie jener Unterschied selbst so hat sich auch ziemlich allgemein die weitere Unterscheidung der gleichartigen und ungleichartigen Concurrenz festgestellt, je nachdem die concurrirenden Verbrechen gleichartige oder ungleichartige sind [62]). Eine nähere Ausführung derselben, die aber als völlig verunglückt und verwirrend bezeichnet werden muß, hat Köstlin versucht. Er unterscheidet zunächst die ideale Concurrenz, welche sich aus einer einfachen und die, welche sich aus einer in Momente zerlegbaren Handlung ergiebt. Hierbei ist es unklar, ob die Handlung in zeitlich geschiedene Momente der Thätigkeit oder in eine Mehrheit von Rechtsverletzungen zerlegt werden soll, denn ist das Letztere gemeint, so ist es völlig unbegreiflich, wie dieses Criterium, das als das wesentliche der idealen Concurrenz überhaupt betrachtet wird, hier auf einzelne Fälle derselben beschränkt werden kann, und warum z. B. Tödtung durch Brandstiftung eine einfache, Betrug durch Fälschung eine in Momente zerlegbare Handlung sein soll. Eben so wenig ist zu ersehen, welches das Criterium für die Einfachheit der Handlung sein soll, da rücksichtlich der einfachen Handlung weiter wiederum Einheit und Mehrheit der Willensrichtung unterschieden wird und auch nicht nothwendig in allen hierher gerechneten Fällen eine gleichzeitige Thätigkeit stattfindet. Soll also überhaupt eine reale und ideale Concurrenz unterschieden werden, dann würde es immer am richtigsten sein mit den Italienern die Gleichzeitigkeit oder zeitliche Verschiedenheit des Thuns zur Basis des Unterschiedes zu machen. Jedoch müßte dann die ideale Concurrenz auf den Fall beschränkt werden, in welchem wirklich ein und dieselbe gleichzeitige Thätigkeit vom Handelnden auf die Verwirklichung verschiedener Absichten bezogen wird, wogegen die vielen Fälle einer s. g. idealen Concurrenz, bei denen nicht völlige Gleichzeitigkeit, sondern höchstens eine Continuität der Thätigkeit stattfindet, der realen Concurrenz zu überweisen wären. Ferner aber müßte man die ideale Concurrenz als eine Mehrheit verbrecherischer Handlungen, die aus einer gleichzeitigen Thätigkeit entspringen, nicht aber als eine Mehrheit von Verbrechen, die sich aus Einer Handlung ergeben, bezeichnen. In solcher Fassung erscheint der

62) Abegg §. 161. Heffter §. 163. Marezoll §. 52. Köstlin Syst. S. 539. Berner Lehrb. §. 141.

Unterschied wenigstens als haltbar und begreiflich, aber so wichtig es für die Beurtheilung des einzelnen Falles sein mag sich darüber klar zu werden, daß die gleichzeitige Thätigkeit nicht immer eine Mehrheit concurrirender verbrecherischer Handlungen ausschließt, so bleibt doch in jedem Falle jene Unterscheidung rechtlich und für das Wesen der Sache völlig bedeutungslos. Wie bei dem fortgesetzten Verbrechen, so kommt es auch hier darauf an die Frage: ob ein Concurrenzfall vorliege oder nicht, in Rücksicht auf die Mehrheit oder Einheit der Absicht und damit der Handlung zu entscheiden, während alle weiteren Unterscheidungen die von der Beschaffenheit der Thätigkeit, von der Einheit oder Mehrheit, Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit der Gesetzübertretung hergenommen werden, nur die Bedeutung haben, sich in casuistischer Weise darüber klar zu werden, welche Schlußfolgerungen rücksichtlich der Beweisfrage daraus für die Einheit oder Mehrheit der Absichten und Handlungen zu ziehen sind. In diesem Interesse möge noch folgendes bemerkt werden. Ueber die Mehrheit der Handlungen kann, wie gesagt, nur die der Absichten nicht die der Gesetzübertretungen entscheiden. Daraus folgt a) daß wenn das Gesetz, das Gattungswesen eines Verbrechens specialisirend, besondere Begehungsformen desselben unter eine besondere selbständige Strafbestimmung gestellt hat, die Uebertretung dieser besondern Strafbestimmung nur Ein Verbrechen ist, obwohl durch dasselbe zugleich auch jene allgemeinere Strafbestimmung verletzt wurde [63]), wie z. B. der Ehebruch, wenn er zugleich als strafbares stuprum erscheint. Hierher gehören auch die meisten Fälle von Verbrechen, die unter gesetzlich festgestellten erschwerenden Umständen begangen wurden, wogegen diejenigen Fälle auszuschließen sind, bei denen der erschwerende Umstand den Thatbestand eines selbständigen Verbrechens ergiebt, das nicht ohne eine besondere darauf gerichtete Absicht begangen werden konnte. So ist z. B., wenn etwa das Gesetz den Giftmord und Raubmord als qualifizirte Arten des Mordes mit erhöhter Strafe belegt, der Giftmord nur Ein Verbrechen, wogegen bei dem Raubmorde zwei concurrirende Verbrechen vorliegen, obwohl sie in dieser Verbindung vom Gesetz unter eine Strafbestimmung zusammengefaßt werden [64]). b) Eine continuirliche Thätigkeit, die mehrere zeitlich zu unterscheidende gleichartige Momente umfaßt, von denen jedes einzelne den vollen Thatbestand eines Verbrechens ergiebt, wird in der Regel vermöge der Einheit der Absicht

---

63) Heffter §. 163. Köstlin Syst. S. 539. John a. a. O. S. 505 flg.
64) John a. a. O. S. 627.

nur als Ein Verbrechen erscheinen [65]), so z. B. eine Injurie, die durch das Aussprechen einer Reihe von Schimpfwörtern begangen wurde, mehrere uno impetu zugefügte Verwundungen nebst Tödtung. Immer aber ist auch hier die Continuität der Thätigkeit nur Beweismittel für die Einheit der Absicht und Handlung, nicht aber Grund derselben, so daß auch in solchem Falle verschieden concurrirende Handlungen vorliegen können. Wenn z. B. die Absicht nur auf Verwundung ging, der Thäter aber im Laufe seiner Thätigkeit etwa durch Widerstand gereizt nun erst die Absicht zu tödten faßt und den bereits beigebrachten leichteren Wunden jetzt die tödtliche hinzufügt, so muß, mag dies auch für das Strafmaß ziemlich gleichgiltig sein, nicht Ein, sondern eine Concurrenz mehrerer Verbrechen angenommen werden. Uebrigens ist nicht wohl einzusehen, warum man den erörterten Fall von dem fortgesetzten Verbrechen unterscheidet, denn da die einzelnen Momente der Thätigkeit sich zeitlich folgen, so ist es doch wohl sehr gleichgiltig, ob sie sich continuirlich folgen oder in etwas längeren Zwischenräumen. c) Wird durch eine völlig gleichzeitige Thätigkeit nur Ein Strafgesetz übertreten, so kann gleichwohl eine Mehrheit concurrirender Verbrechen vorliegen, falls der Handelnde seine Thätigkeit zugleich auf die Verwirklichung mehrerer Absichten bezog. Es ergiebt sich also in solchem Falle aus einer gleichzeitigen Thätigkeit eine Mehrheit gleichartiger Rechtsverletzungen, so z. B. wenn durch dieselbe beleidigende Aeußerung mehrere Personen zugleich injuriirt werden, wenn Jemand ein mit Schrot geladenes Gewehr auf drei bei einander stehende Menschen abschießt, um sie alle drei zu verwunden. Auch hier ist das über die Einheit oder Mehrheit der Handlungen entscheidende Criterium immer nur die Absicht, obwohl im concreten Falle die Frage: ob aus den gegebenen Umständen auf eine oder auf mehrere Absichten zu schließen sei, eine sehr schwierige sein kann. In dieser Beziehung ist es z. B. allerdings ganz richtig, daß bei den unmittelbar gegen die Persönlichkeit sich richtenden Verbrechen, wie Tödtung, Verwundung, Injurie, eine mehrfache Absicht anzunehmen ist, wenn mehrere Personen verletzt wurden [66]). Der Grund davon liegt darin, daß die hier in Frage stehenden Rechte nie in abstracto, sondern immer nur als das concrete Recht einer bestimmten Persönlichkeit verletzt werden können, und weil also der Handelnde darum seine Thätigkeit, z. B. die Schimpfrede, mit Bewußtsein sich im Causalzusammenhange mit mehreren Personen denken d. h. auf eine Mehrheit

---

65) Bauer Abhandl. II. S. 6. Köstlin a. a. O. S. 540.
66) Vgl. Bauer a. a. O. S. 8. Köstlin N. Revis. S. 877. Syst. S. 540.

von Absichten beziehen muß. Aber es darf daraus nicht die allgemeine Regel gebildet werden, daß über Einheit oder Mehrheit der Handlungen die Einheit oder Mehrheit der Objecte entscheide, weil nämlich in anderen Fällen diese Regel den Dienst versagt. So kommt es bei den gegen das Eigenthum gerichteten Verbrechen nur darauf an, daß der Handelnde mit Bewußtsein fremdes Eigenthum überhaupt, nicht aber das einer bestimmten Person verletzte. Wer also bei derselben Diebstahlshandlung zufällig Sachen, die verschiedenen Eigenthümern angehören, entwendet, hat nur Einen Diebstahl begangen, weil er nur die Eine Absicht hatte fremdes Eigenthum zu entwenden. Wenn aber der Dieb mit Bewußtsein und gerade darum, weil die Sachen diesen bestimmten Personen, die er beschädigen will, angehören, gleichzeitig diese verschiedenen Sachen entwendet, so hat er, wegen der mehrfachen Absicht, auch mehrere Diebstähle begangen. Es kann auffallend erscheinen, daß ganz dieselbe Thätigkeit einmal als Ein Diebstahl, das andremal als eine Mehrheit von Diebstählen behandelt werden soll, aber das Auffallende wird sich verlieren bei der hier noch nicht zu erörternden Frage: ob und welchen Einfluß dieser Unterschied auf die Bestrafung ausübt. d) Ergiebt sich aus der Thätigkeit eines Menschen der Thatbestand mehrerer verschiedenartiger Verbrechen, so ist, sollte auch die Thätigkeit eine völlig gleichzeitige gewesen sein, eine Mehrheit concurrirender Verbrechen anzunehmen, weil und insoweit die Vollführung dieser Verbrechen eine Mehrheit der Absichten oder eine Concurrenz von Absicht und fahrlässiger Willensbestimmung voraussetzte. Daß stets mehrere concurrirende Handlungen vorliegen, wenn sich aus einer gleichzeitigen Thätigkeit ein beabsichtigtes und ein fahrlässiges Verbrechen ergiebt, z. B. beabsichtigte Tödtung des Einen und fahrlässige Verwundung des Anderen, ist schon oben bemerkt worden. Ebenso wird in den meisten Fällen eine Mehrheit beabsichtigter Verbrechen anzunehmen sein, wenn sich aus derselben Thätigkeit der Thatbestand mehrerer verschiedenartiger Verbrechen ergiebt. Dies aber nicht darum, weil Eine Handlung unter verschiedene Strafgesetze zu subsumiren ist, sondern weil die mehreren Gesetze, trotz der gleichzeitigen Thätigkeit, nur in Folge einer Mehrheit verbrecherischer Absichten und Handlungen verletzt werden konnten. Daraus folgt aber, daß auch mehrere concurrirende Handlungen nur anzunehmen sein werden, insoweit die Mehrheit der Gesetzesverletzungen wirklich eine Mehrheit der Absichten erfordert, was nicht immer der Fall ist. Ergeben sich aus derselben Thätigkeit mehrere, verschiedenartige Rechtsverletzungen, so muß der Handelnde, vom Falle der mit dolus concurrirenden culpa abgesehen, die Thätigkeit nothwendig auf diese verschiedenen

Rechtsverletzungen ursächlich bezogen haben, d. h. er hat Verschiedenes beabsichtigt, und sich verschiedener verbrecherischer Handlungen schuldig gemacht, und dies selbst dann, wenn der Thatbestand der verschiedenen Verbrechen ein relativ gleichartiger sein sollte[67]). Ein incestuoser Ehebruch ist nicht möglich, ohne daß der Schuldige einerseits die Ehe, andrerseits das sittlich-verwandtschaftliche Verhältniß zu brechen und zu verletzen beabsichtigt, und weder die zeitliche Einheit der That, noch die Gleichheit der Begehungsweise, noch die Identität des Motivs darf als Vorwand dienen, um die Einheit der Absicht und der Handlung zu behaupten. So wenig aber der Verbrecher mehrere Absichten, von denen er der Natur der Sache nach ausgehen mußte, willkürlich zur Einheit zusammenfassen kann, so wenig kann das Gesetz durch positive Normen dem Verbrecher eine Mehrheit von Absichten unterschieben, wo in Wahrheit nur Eine Absicht obwaltete. Der Fall, daß ein und dieselbe Handlung den Thatbestand der species wie das genus eines Verbrechens ergiebt, und daß dann trotz der mehrfachen Gesetzverletzung nur Ein Verbrechen vorliegt, ist schon erwähnt. Es kann aber dasselbe stattfinden, obwohl der Thatbestand der mehreren Gesetzverletzungen in der Gesetzgebung als ein verschiedenartiger erscheint. Dies ist der Fall, wenn das Gesetz dieselbige Rechtsverletzung in verschiedenen Stadien ihrer Vollführung unter einen verschiedenen strafrechtlichen Gesichtspunkt stellt und mit Strafe belegt. Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er durch Entstellung der Wahrheit einen Irrthum erregt, begeht einen Betrug, und demnach ist der des Betruges schuldig, welcher auf Grund einer von ihm gefälschten Schuldverschreibung ein Indebitum fordert und bezahlt erhält. Zugleich aber hat er auch eine Fälschung begangen, die nicht bloß eine specielle Form des Betruges ist, da sie, von der besondern Art der Wahrheitsentstellung abgesehen, nicht nothwendig Vermögensbeschädigung und gewinnsüchtige Absicht erfordert. Gleichwohl ist die Fälschung der Urkunde nicht an sich, sondern nur durch ihre absichtliche ursächliche Beziehung auf den zu begehenden Betrug eine strafbare Rechtsverletzung, d. h. es ist bei diesem durch Fälschung begangenen Betruge nur Eine Rechtsverletzung beabsichtigt, und es kann die Einheit der Absicht dadurch nicht in eine Mehrheit verkehrt werden, daß das Gesetz die in rechtswidriger Absicht unternommene Fälschung, auch wenn es dem Fälscher nicht gelingt jene Absicht zu verwirklichen, als ein selbständiges vollendetes Verbrechen bestraft. Das-

---

67) Vgl. Köstlin a. a. O. S. 539.

selbe findet statt bei der Falschmünzerei im Verhältniß zu dem vermittelst der gefälschten Münzen zu begehenden Betruge, bei dem als selbständiges Verbrechen vom Gesetze behandelten Complotte im Verhältniß zu dem mittelst des Complottes zu bewirkenden Aufruhr. Mit einem Worte: in einem jeden Falle, in welchem das Gesetz eine verbrecherische Versuchshandlung, obwohl sie an sich eine selbständige Rechtsverletzung noch gar nicht enthält, um ihrer Gefährlichkeit willen, als selbständiges vollendetes Verbrechen behandelt, liegt immer nur Ein Verbrechen vor, auch wenn der Thäter seine über jene Versuchshandlung hinausgehende verbrecherische Absicht verwirklichte und damit noch ein weiteres Strafgesetz verletzte. Im andern Falle würde bei einem jeden vollendeten Verbrechen eine doppelte, zunächst auf den strafbaren Versuch, dann auf die Vollendung gerichtete Absicht, und eine Mehrheit concurrirender Verbrechen angenommen werden müssen.

§. 149. Kann zwar der Richter an sich nicht befugt erscheinen im Falle der Concurrenz mehrerer Verbrechen von den mehreren verwirkten Strafen die eine oder andere zu erlassen oder über ihr gesetzliches Minimum hinaus zu mildern, so ist es doch eine Forderung der Gerechtigkeit, daß das Gesetz den Richter ermächtige von der Cumulation der durch die mehreren Verbrechen verwirkten Strafen abzuweichen, insoweit im concreten Falle die Summe der Verschuldungen der Summe aller einzelnen Strafen nicht entspricht. Daß sich dies aber in vielen Fällen so verhält, hat darin seinen Grund, daß die Schuld des Verbrechers der mehrere gleichzeitig zu bestrafende Verbrechen begangen hat, keineswegs immer der Summe der Verschuldungen gleich ist, welche der Gesetzgeber bei der Begehung der einzelnen, hier concurrirenden, Verbrechen voraussetzte. Ist es das Wesen des Verbrechens Bruch der Gerechtigkeit, des Rechtes an sich zu sein, so daß das concrete Recht oder Rechtsverhältniß das verletzt wurde, nur das Mittel ist um an ihm die, der Ordnung und Herrschaft des Rechtes widerstrebende, Willkür zur Erscheinung zu bringen, so bezieht sich auch die Strafe wesentlich darauf, die Gerechtigkeit und unverbrüchliche Herrschaft des Rechtes an dem verbrecherischen Willen zu bewähren, gleichviel ob damit zugleich das concrete verletzte Recht wiederhergestellt werden kann oder nicht. Bestimmt sich das Maß der zu diesem Zwecke

erforderlichen Strafe nothwendig nach dem Maße des Widerstrebens gegen die Gerechtigkeit, und ist für die Bestimmung desselben das verletzte Recht, in Rücksicht auf seine Qualität und die Quantität in der es verletzt wurde, das nächste und wichtigste Mittel, so doch nicht das ausschließliche. Darum kann bei der qualitativ und quantitativ gleichen Rechtsverletzung dennoch die Gerechtigkeit in dem einen Falle deshalb nicht in gleichem, sondern in einem höhern Maße als im andern Falle gebrochen erscheinen, weil das Verbrechen eine länger andauernde, zeitlich unterbrochene Thätigkeit, und in Folge dessen auch eine mehrfach erneuerte Entschließung zu einer der Ordnung des Rechtes widerstrebenden Handlungsweise erforderte. Umgekehrt aber kann auch aus einer Mehrheit verbrecherischer Handlungen nicht immer auf einen gleich vielfachen Bruch der Gerechtigkeit geschlossen werden. Vielmehr wird es wesentlich darauf ankommen, daß im concreten Falle festgestellt werde, ob die mehreren verbrecherischen Handlungen für den Schuldigen die Bedeutung mehrerer durchaus selbständiger Rechtsbrüche hatten, oder ob er sie als die mehreren Mittel betrachtete, welche erforderlich seien, um einen in sich einheitlichen und zusammenhängenden Act der Auflehnung gegen die Herrschaft des Rechtes zu vollbringen, so daß dann die mehreren Handlungen und Rechtsverletzungen nur in quantitativer Beziehung den Einen Rechtsbruch näher bestimmen, während nicht einer jeden einzelnen für sich allein die selbständige Qualität eines Rechtsbruches zukommt. Liegt aber die Veranlassung zum Rechtsbruche nur darin, daß der Handelnde in irgend welcher Beziehung seinen Zwecken nicht durch eine in der Ordnung des Rechtes sich bewegenden Handlungsweise glaubt genügen zu können, so ist es auch der Zweck des Verbrechers, dessen Einheit über die des Rechtsbruches entscheidet. Hieraus folgt aber für das Maß der Schuld und Strafe im Falle der Verbrechensconcurrenz 1) daß die für die mehreren Verbrechen durch das Gesetz verhängten Strafen zu cumuliren sind, falls jedes dieser concurrirenden Verbrechen, durch den Zweck des Verbrechers mit den anderen nicht verbunden, die Bedeutung eines selbständigen Rechtsbruches hat. Dem entspricht die Bestimmung

des preußischen Strafrechtes, daß gegen denjenigen, welcher durch verschiedene, selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen begangen hat, auf sämmtliche dadurch begründete Strafen vereinigt zu erkennen ist [1]). Hierbei tritt eine Modification der Strafe ein, insoweit als das Gesetz eine Strafverwandlung zuläßt oder fordert, oder insofern eine unausführbare Strafe wegfällt. Das preußische Strafrecht fordert im Falle der Concurrenz eine nach den angegebenen Grundsätzen vorzunehmende Strafverwandlung, wenn auf Freiheitsstrafen verschiedener Art zu erkennen ist, indem dann die milderen in die schwerste umzuwandeln sind. Wegen Unvollstreckbarkeit kann eine Strafverwandlung nur in Betreff der Geldstrafen stattfinden, während in allen anderen Fällen neben der schwereren zu vollziehenden die mildere damit unvereinbare Strafe wegfällt. Eine weitere Modification der Strafe ergiebt sich aber aus der Rücksicht, daß durch die Vereinigung mehrerer Strafen die Intensität derselben wächst, und daß das Quantum einer bestimmten Strafart durch Zusammenrechnen nicht eine Höhe erreichen darf, in welcher es das richtige Verhältniß zu der qualitativen Bedeutung der Strafart und zu dem beschränkten Maße des rechtlichen Gutes, welches Object des Strafzwanges ist, verliert. In dieser Rücksicht bestimmt das preußische Strafrecht, daß einerseits bei der Cumulation mehrerer zeitiger Freiheitsstrafen, niemals die Dauer von zwanzig Jahren, sofern nur Vergehen vorliegen, niemals die Dauer von zehn Jahren überschritten werden, und insbesondere, daß in diesem Falle die Gefängnißstrafe zwar ihr allgemeines, gesetzliches Maximum von fünf, nicht aber die Dauer von zehn Jahren übersteigen darf [2]). Andrerseits ist zugleich der Richter ermächtigt, selbst abgesehen von diesen äußersten Grenzen, die Summe der vereinigten Freiheitsstrafen bis auf das Maß der für das schwerste Verbrechen oder Vergehen bestimmten Freiheitsstrafe zu verkürzen [3]). Stehen dagegen 2) die mehreren concur-

1) Strafgesetzb. §. 56.
2) Strafgesetzb. §. 57. n. 1. und 3.
3) Strafgesetzb. §. 56. zweiter Absatz (Gesetz v. 9. März 1853).

rirenden Verbrechen zu einander in dem Verhältniß, daß dem Verbrecher das eine als Mittel für die Begehung des anderen, oder allesammt als Mittel für ein und denselben Zweck dienten, so kann eine Cumulation der für die einzelnen Verbrechen vom Gesetz verhängten Strafen darum nicht stattfinden, weil der Gesetzgeber bei ihrer Feststellung von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß jedes dieser Verbrechen zugleich einen selbständigen Rechtsbruch enthalte, während hier die mehreren Verbrechen nur Mittel zur Begehung Eines Rechtsbruches sind. Auf diesen Fall ist, trotz der nicht vollkommen entsprechenden Fassung, die Bestimmung des preußischen Strafrechtes zu beziehen, nach welcher „wenn eine und dieselbe Handlung die Merkmale mehrerer Verbrechen oder Vergehen in sich vereinigt, das Strafgesetz zur Anwendung kommt, welches die schwerste Strafe androht"[4]). Neben dem Verbrechen oder Vergehen, das die schwerste Strafe nach sich zieht, kommen daher die übrigen nur als das Maß der Schuld und Strafe näher bestimmende Momente in Betracht.

Anmerk. 1. Die gemeinrechtliche Doctrin ist im Beginne ihrer Entwickelung, bei den Glossatoren und älteren italienischen Criminalisten, mit allem Rigorismus von dem Grundsatze ausgegangen, daß in jedem Falle der Concurrenz eine Cumulation sämmtlicher Strafen stattfinden müsse. Erst mit dem 16. Jahrhundert macht sich der entgegengesetzte Grundsatz geltend, nach welchem in gewissen Fällen der Concurrenz die größere Strafe die geringere absorbiren solle, ohne daß man sich für die Unterscheidung dieser Fälle eines festen, einheitlichen Principes bewußt wurde[5]). Nachdem bei Carpzow die Absorbtion der geringeren Strafe durch die größere zur ausschließlichen Regel geworden war, wurde dieselbe zwar im 18. Jahrhundert vielfach angefochten, aber bei Carpzow wie bei seinen Gegnern, soweit diese eine solche Absorbtion zuließen, war der Grund für dieselbe immer nur die factische Unvereinbarkeit der mehreren Strafen[6]), und von diesem Gesichtspunkte aus war es consequent, wenn man die unausführbaren Strafen durch eine Schärfung der schwersten Strafe möglichst zu ersetzen suchte. Der principlosen Willkür gegenüber, welche bis-

4) Strafgesetzb. §. 55.
5) Vgl. oben §. 148. Anmerk. 1.
6) Vgl. oben a. a. O.

her in der Lehre von der Concurrenz geherrscht hatte, war es das Verdienst der neuern Doctrin, daß sie einerseits die Fälle der Concurrenz fester bestimmte und nicht dahin gehörige ausschied, und daß sie andrerseits nicht mehr bloß von einem unklaren Gefühle geleitet bald Cumulation bald Absorbtion, sondern ein für alle Fälle entscheidendes klares Princip forderte. In dieser Beziehung kehrte sie durchaus zurück zum Standpunkte der Glossatoren, indem sie die Cumulation sämmtlicher verwirkter Strafen als die in allen Fällen leitende Regel aufstellte, von welcher nur wegen der Unvereinbarkeit der Strafe, soweit sich dieselbe nicht etwa durch Strafverwandlung beseitigen lasse, abzuweichen sei [7]. Ohne Einfluß blieb die Ansicht, welche von der Cumulation der Strafen nicht bloß vermöge ihrer Unvereinbarkeit, sondern auch aus criminalpolitischen Gründen abweichen wollte [8]. Die Praxis aber, bei welcher die daraus hervorgehenden Folgen klarer und bestimmter vor Augen treten, wird sich mit der Strenge des Cumulations-Principes nie befreunden können, und es ist in dieser Beziehung sehr bezeichnend, daß man sich in Preußen schon nach einer zweijährigen Erfahrung veranlaßt fand selbst für die Fälle der s. g. realen Concurrenz von der durch das Strafgesetzbuch ursprünglich angeordneten Cumulation wieder abzuweichen. Erst die neuste Zeit hat sich bemüht einen bestimmten die Cumulation der Strafen beschränkenden Rechtsgrund zu entwickeln, und sucht denselben in dem Umstande, daß die mehreren Strafen durch ihre Vereinigung an Intensität zunehmen, so daß um der Gerechtigkeit willen in allen Fällen von der Summe der vereinigten Strafen das intensive Mehr abzuziehen sei [9]. Wenn aber dieser Grundsatz allerdings als durchaus richtig und zutreffend anerkannt werden muß, so kann er doch, wenn man ihm nicht ein ungebührliches Gewicht beilegen will, nicht in allen Fällen für ausreichend erachtet werden. Der in jüngster Zeit durch John [10] entwickelten Ansicht, daß nämlich, soweit es sich um das objective Moment der Strafe handelt, das Cumulationsprincip, so weit es sich um das subjective Moment der Strafe handelt, das Absorbtionsprincip das entscheidende sein müßte, und daß darum, um beide zu

---

7) Feuerbach Revis S. 338 flg. Lehrb. §. 129. Savigny l. c. p. 9. 13—17. Grolman §. 121 flg. Martin §. 65. Henke §. 91. Jarke §. 51. Abegg §. 162. 163. Heffter §. 166.

8) So schon früher Leyser Sp. 575. m. 5. sp. 644. m. 3—5. Böhmer ad C. qu. 132. obs. 1., in neuerer Zeit Tittmann I. §. 10. Auch Feuerbach Lehrb. §. 130. spricht von höheren rechtlichen Gründen.

9) Krug a. a. O. S. 5. Köstlin Syst. a. a. O. Marezoll S. 207.

10) a. a. O. S. 633 flg.

vereinigen, das Strafschärfungsprincip anzuwenden sei, liegt offenbar eine richtige Anschauung der Sache zu Grunde, nur mangelt es ihr an der richtigen Begründung und Anwendung auf die verschiedenen Fälle der Concurrenz. Namentlich ist mit der Behauptung, daß mit der Tilgung der größeren Differenz des verbrecherischen Willens und des Rechtes, zugleich auch jede geringere Differenz getilgt sei, nicht mehr ausgesprochen als die alte Regel poena maior absorbet minorem, die eben erst des Beweises bedürfte [11]).

Anmerk. 2. Eine aufmerksame Betrachtung der bisherigen Entwickelung der Lehre von der Verbrechensconcurrenz zeigt, daß man, vom natürlichen Rechtsgefühle geleitet, bemüht war wenigstens für gewisse Fälle der Concurrenz sich von der Herrschaft des Cumulationsprincipes zu befreien. Dies gelang zunächst, im Gegensatze zu älteren Ansichten, in Betreff derjenigen Fälle, welche man, wie das fortgesetzte Verbrechen, als Fälle einer nur scheinbaren Concurrenz ganz auszuscheiden vermochte. Wenn man nun aber weiter die Fälle der wirklichen Concurrenz nach ihrer verschiedenartigen Gestaltung näher zu unterscheiden bemüht war, so konnte dies eine Bedeutung und ein strafrechtliches Interesse doch eigentlich nur haben, insofern es darauf ankam aus diesen verschiedenen Formen der Concurrenz eine verschiedene strafrechtliche Behandlung derselben zu folgern. Darum erscheint allerdings die ältere Doctrin und die neuere Gesetzgebung, wenn sie solche Folgerungen ziehen, consequenter als die neuere Wissenschaft, die schließlich alle verschiedenen Formen der Concurrenz gleichmäßig behandelt. Bei der Entwickelung der verschiedenen Formen der Concurrenz lag nun aber augenscheinlich das Streben zu Grunde die Fälle, in welchen die mehreren Verbrechen lediglich und allein durch das strafrechtliche Verfahren in eine Beziehung zu einander treten, von denen abzusondern, in welchen die mehreren Verbrechen, auch abgesehen von dem Strafverfahren, in einer inneren Beziehung zu einander stehen. Das endliche Ergebniß war die Unterscheidung der realen und idealen Concurrenz, bei welcher letzteren die Einheit der Handlung, aus welcher angeblich die concur-

---

11) Das zur Erläuterung angeführte Beispiel, daß wenn ich 10 Meilen von einem Orte entfernt bin, ich auch 8 und 6 Meilen von ihm entfernt bin, und durch die Reise dahin alle diese Entfernungen auf einmal überwinde, beweist gar nichts, weil es sich erst fragen wird, ob alle durch die concurrirenden Verbrechen gesetzten Differenzen in einer Richtung liegen. Liegt ein Ort 10 Meilen, der andere 8 Meilen in entgegengesetzter Richtung von mir entfernt, so kann ich diese verschiedenen Entfernungen nicht durch eine und dieselbe Bewegung überwinden.

rirenden Verbrechen hervorgehen, das sie vereinigende Band sein soll. Es ist oben nachgewiesen, daß diese Unterscheidung insofern eine durchaus verwerfliche ist, als in allen Fällen der Concurrenz die Mehrheit der Verbrechen nothwendig eine Mehrheit der verbrecherischen Handlungen voraussetzt. Richtig aber ist es, daß in den Fällen, welche man gewöhnlich als die der realen Concurrenz betrachtete, obwohl nicht bei diesen Fällen allein, eine innere Verbindung der concurrirenden Verbrechen stattfindet, welche auf die Bestrafung von Einfluß sein muß. Woher diese Verbindung kommt, wird klar, wenn man sich erinnert, daß das eigentliche Object des Verbrechens das Recht an sich, die Ordnung und Herrschaft des Rechtes ist, während das besondere verletzte Recht nur das Mittel ist, an welchem jener Bruch des Rechtes in die Erscheinung tritt; wenn man also im Verbrechen die Verletzung des besondern Rechtes, und seine allgemeinere Bedeutung Rechtsbruch oder, um dies Wort hier zu gebrauchen, Friedensbruch zu sein, unterscheidet. Beide Momente, die Verletzung des besondern Rechts und der Bruch des Rechtsfriedens stehen freilich in einer inneren nothwendigen Beziehung zu einander, indem einerseits von einer criminellen Rechtsverletzung nur die Rede sein kann, wofern sie zugleich einen Bruch des Rechtsfriedens enthält, und indem andrerseits Qualität und Quantität des besondern, verletzten Rechtes einen Maßstab bildet für die Größe des Friedensbruches. Gleichwohl sind auch beide Momente relativ von einander unabhängig. Es zeigt sich dies 1) darin, daß bei einer qualitativ und quantitativ völlig gleichen Rechtsverletzung dennoch in dem einen Falle der Bruch des Rechtsfriedens viel größer erscheinen kann als in dem andern. In dieser Beziehung war es ganz folgerecht, wenn das ältere einheimische Strafrecht, unter der Voraussetzung eines besondern beschworenen Friedens, eine Rechtsverletzung als Friedensbruch bestrafte, die ohne diese Voraussetzung gar nicht als solche erschienen wäre. Es ist ebenso folgerecht, wenn die neuere Gesetzgebung auf das Moment einer aus den Umständen sich ergebenden besondern Gefährdung des Rechtsfriedens Gewicht legt [12]). Insbesondere wird darum auch, soweit das Gesetz dies zuläßt, bei der Strafzumessung darauf Rücksicht zu nehmen sein, ob sich aus der eigenthümlichen Begehungsweise eines Verbrechens ein besonders hohes Maß des Rechts- oder Friedensbruches ergiebt. Dies ist unzweifelhaft der Fall, wenn ein Verbrechen durch eine, längere Zeit fortgesetzte und zeitlich unterbrochene, Thätigkeit begangen wurde, indem in dieser

---

12) Vgl. oben §. 60. 61.

andauernden Thätigkeit und den immer sich erneuernden Entschließungen sich ebenso eine große Intensität des verbrecherischen Willens wie ein hohes Maß des Rechts- oder Friedensbruches ergiebt, wobei es in dieser Beziehung an sich gleichgiltig ist, ob jeder einzelne der zeitlich unterschiedenen Willensacte, den Thatbestand des Verbrechens ergiebt oder nicht, ob also das Verbrechen im technischen Sinne ein fortgesetztes ist oder nicht. Weil also, wie oben festgestellt wurde, das fortgesetzte Verbrechen nur Eine Handlung ist, nur Eine Rechtsverletzung und Einen Rechtsbruch enthält, so kann es zwar auch nur Eine Strafe nach sich ziehen, aber es wird bei der Strafzumessung das aus der Beschaffenheit der Thätigkeit sich ergebende Maß des Rechtsbruches als ein die Strafbarkeit erhöhendes Moment erscheinen. Der Umstand, daß jeder einzelne Act des fortgesetzten Verbrechens an sich schon den Thatbestand des Verbrechens ergiebt, ist für die Schuld und Strafbarkeit nur insofern von Bedeutung, als dadurch, was nicht nothwendig der Fall ist, die Rechtsverletzung eine quantitativ größere wird. Was insbesondere die Frage betrifft, wie das fortgesetzte Verbrechen nach preußischem Strafrechte zu beurtheilen sei, so ist es allerdings richtig, daß das Strafgesetzbuch eine besondere Bestimmung darüber nicht enthält, und absichtlich nicht aufgenommen hat. Die Definition des fortgesetzten Verbrechens, welche man, der Bauerschen Ansicht folgend, in den Entwurf von 1827 aufgenommen hatte, wurde bald wieder aufgegeben, indem man fernerhin des fortgesetzten Verbrechens, ohne es zu definiren, nur als eines Strafzumessungsgrundes gedachte. Die Revision von 1845 ging aber auch davon ab, weil auch für die strafbarste Fortsetzung eines Verbrechens das Maximum der gesetzlichen Strafe als hinlänglich erscheine [13]). Schon hieraus ergiebt sich, daß wenn man eine besondere Bestimmung über das fortgesetzte Verbrechen nicht für angemessen erachtete, doch damit das begriffliche Wesen des fortgesetzten Verbrechens nicht geleugnet werden sollte. Noch viel weniger darf gefolgert werden, daß der Richter sogar nicht berechtigt sei das fortgesetzte Verbrechen zu berücksichtigen [14]). Die Frage, was Eine Handlung und darum Ein Verbrechen sei, hat nicht die Gesetzgebung, sondern die Wissenschaft, und im concreten Falle der Richter zu entscheiden, und er kann nimmermehr berechtigt oder gar verpflichtet sein, da wo nur Eine Handlung vorliegt, mehrere concurrirende Verbrechen zu

---

13) Beseler Komment. S. 209. Goltdammer Mat. I. S. 397 flg.

14) Wie dies Temme Gloss. S. 129. Lehrb. S. 502 flg. behauptet, weil er an der Möglichkeit einer Begriffsbestimmung des fortgesetzten Verbrechens verzweifelt.

bestrafen [15]). Die Praxis, insbesondere die des Obertribunals, hat daher auch ganz richtig nicht angestanden das fortgesetzte Verbrechen zu berücksichtigen und es, trotz der Mehrheit der Gesetzübertretung, als Eine strafbare Handlung zu betrachten [16]). Die Definition des fortgesetzten Verbrechens, welche das Obertribunal gegeben hat, nach welcher das wahre Merkmal desselben in der zusammentreffenden Einheit des verbrecherischen Entschlusses und der That bestehen soll, so daß die mehreren strafbaren Handlungen als fortschreitende Ausführung einer That erscheinen [17]), muß freilich als gänzlich verfehlt betrachtet werden. Die angebliche Einheit des Entschlusses und der That ist völlig unverständlich, und ebenso der Unterschied, der hier zwischen Handlung und That angenommen wird, und der doch wohl obwalten muß, wenn mehrere Handlungen eine That ergeben sollen. Wie aber bei zwei, in sich einheitlichen und rücksichtlich der Rechtsverletzung sich völlig gleichstehenden Handlungen, dennoch ein verschiedenes Maß des Rechtsbruches obwalten kann, so kann auch 2) eine Differenz zwischen Verletzung des besondern Rechtes und Bruch des Rechtsfriedens in der Art stattfinden, daß eine Mehrheit rechtsverletzender Handlungen zu Einem Rechtsbruche zusammen geschlossen erscheinen. Das Verbrechen erfordert in allen Fällen eine Auflehnung der subjectiven Willkür gegen die Ordnung und Herrschaft des Rechtes, welche darin ihren Grund hat, daß der Verbrecher durch die Art und Weise, wie er sein individuelles Wohl und dessen Verwirklichung auffaßt, Zwecke für geboten erachtet, die er

---

15) Der Temmeschen Ansicht folgt Oppenhoff zu §. 56. n. 1. Allerdings kommt es auf die „rein thatsächliche Untersuchung" an, ob nur ein und dieselbe, oder ob verschieden selbständige Handlungen vorliegen. Aber diese Untersuchung ist eben, wie die bisherige Doctrin zeigt, eine sehr schwierige, bei welcher man, ohne sich wissenschaftlich, juristisch das begriffliche Wesen der Handlung klar zu machen, zu keinem Resultate kommt. Daß unbedenklich verschiedene Verbrechen anzunehmen sind, wenn verschiedene selbständige Handlungen festgestellt sind, von denen jede den Thatbestand eines Verbrechens enthält, ist ganz richtig, für das fortgesetzte Verbrechen aber gleichgiltig, weil hier trotz des mehrfach vorhandenen Thatbestandes eines Verbrechens eben die Einheit der Handlung behauptet wird. Eben so richtig ist es, daß wo nicht verschiedene selbständige Handlungen festgestellt sind, auch nur Eine verbrecherische That angenommen werden darf; aber es ist nicht einzusehen, warum nicht diese Eine That ein fortgesetztes Verbrechen sein soll. Mit einem Worte: es kommt erst darauf an festzustellen, was Eine That, Eine Handlung ist, und wenn, wie es scheint, Temme und Oppenhoff (vgl. zu §. 56. n. 2) die Mehrheit der Gesetzesübertretungen über die Mehrheit der verbrecherischen Handlungen entscheiden lassen, dann werden sie zu der Consequenz der Glossatoren zurückkehren, und drei verschiedene Schimpfworte, die Jemand im Verlaufe eines Streites gegen den Andern aussprach, als drei Injurien bestrafen müssen.

16) Vgl. die Urtheile bei Oppenhoff a. a. O. n. 1—9.

17) Goltdammers A. I. S. 74. Vgl. John a. a. O. S. 624.

unter der Herrschaft des Rechtes und durch eine diesem entsprechende Handlungsweise nicht zu erreichen vermag. Selten oder nie wird sich dieser Gegensatz bis dahin steigern, daß der Verbrecher sein Wohl und das Recht als einen absoluten Gegensatz auffaßte, so daß er um seines Wohles willen die völlige Vernichtung und Beseitigung alles Rechtes für nothwendig erachtete. Vielmehr wird er immer nur um eines mehr oder weniger beschränkten Zweckes willen die Rechtsordnung in irgend einer beschränkten Beziehung durchbrechen, während er, so wie der Zweck erreicht ist, und in jeder andern Beziehung das Recht und dessen Herrschaft für sich selbst und sein Wohl in Anspruch nimmt. Nur aus den besondern Umständen kann es sich ergeben, ob für den gesetzten Zweck eine oder mehrere Handlungen, ob neben einer verbrecherischen vielleicht andere rechtlich erlaubte, oder ob mehrere verbrecherische Handlungen erforderlich sind. Jedenfalls aber stehen die mehreren als Mittel auf denselben Zweck bezogenen Handlungen in einer innern Verbindung, und insbesondere stehen in solchem Falle die mehreren verbrecherischen Handlungen in der Verbindung, daß sie Mittel sind für ein und denselben Rechtsbruch, für welchen die Mehrheit der verbrecherischen Handlungen nur die Bedeutung hat, daß sie das Maß des Rechtsbruches näher bestimmt. Dagegen kann bei mehreren concurrirenden Verbrechen ein mehrfacher Rechtsbruch nur angenommen werden, wenn der Verbrecher nach Erreichung seines Zweckes in seinem Bewußtsein und Willen in das Gleichgewicht mit der ihn umgebenden Rechtsordnung zurückgekehrt, von neuem um eines andern Zweckes willen den Rechtsfrieden gebrochen hat. Es ist allerdings richtig, und die Räuberbande ist ein Beispiel dafür, daß die Auflehnung gegen die Rechtsordnung sich soweit steigern kann, daß sie der Verbrecher zu seinem Berufe und seiner Lebensbestimmung macht, daß es unternommen wird im Rechtsstaate einen neuen Staat auf der Basis des Verbrechens zu errichten, und dann werden allerdings viele zeitlich weit aus einander liegende, verschiedenartige Verbrechen als Mittel für ein und denselben dem Maße nach höchst ausgedehnten Rechtsbruch betrachtet werden müssen. Aber es ist durchaus widersinnig, der täglichen Erfahrung und der sittlichen Natur des Menschen widersprechend, wenn man annehmen wollte, daß in jedem Falle, in welchem mehrere zeitlich durchaus geschiedene, noch ungestrafte Verbrechen vorliegen, sie immer nur als einzelne Aeußerungen desselben in ununterbrochener Auflehnung gegen die Rechtsordnung befindlichen Willens zu betrachten wären [18]). Im Falle einer wirklichen Concurrenz kommt es also nicht

18) So John a. a. O. S. 634. Die rechtliche Schuld des Verbrechers

darauf an zu unterscheiden, ob die concurrirenden Verbrechen aus einer oder aus mehreren Handlungen hervorgegangen sind, sondern darauf, ob sie als Mittel für ein und denselben Bruch des Rechtsfriedens erscheinen oder nicht. Das unterscheidende Criterium dafür ist demnach die Einheit oder die Mehrheit und Verschiedenheit des Zweckes. Insoweit es sich hierbei um die Beweisfrage handelt, sind allerdings die Criterien, welche man bisher für die Unterscheidung der realen und idealen Concurrenz aufgestellt hat, von großer Bedeutung. Die continuirliche oder völlig gleichzeitige Thätigkeit, welche bei der s. g. idealen Concurrenz stattfindet, läßt mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen, daß die mehreren Verbrechen nur Mittel für Einen Zweck waren, nur Einen Rechtsbruch enthalten, so wie das Umgekehrte sehr wahrscheinlich ist, wenn verschiedene Verbrechen zeitlich weit auseinander liegen. Wie aber aus der besondern Gestaltung der Thätigkeit kein absolut sicherer Schluß auf die Einheit oder Mehrheit der Handlungen gezogen werden kann, so auch nicht auf die Einheit oder Mehrheit des Rechtsbruches. Das fortgesetzte Verbrechen ist der Beweis dafür, daß eine Reihe zeitlich oft weit auseinander liegender Willensacte dennoch nur Eine Handlung und nur Einen Rechtsbruch ergeben, und ebenso kann im einzelnen Falle das umgekehrte Verhältniß stattfinden [19]). Ferner wird auch aus der Einheit des Entschlusses, aus welcher mehrere Verbrechen hervorgingen, mit Wahrscheinlichkeit zu folgern sein, daß diese Verbrechen nur Mittel für ein und denselben Rechtsbruch waren, wogegen freilich umgekehrt aus der Mehrheit der Entschließungen eine auch nur wahrscheinliche Schlußfolgerung eben so wenig für die Mehrheit der Handlungen wie die der Rechtsbrüche zu ziehen sein wird. Hieraus folgt aber für die Bestrafung 1) daß, wenn concurrirende Verbrechen zu einander in keiner weiteren

---

besteht allerdings so lange bis sie rechtlich getilgt ist. Daraus folgt aber durchaus *nicht*, daß er es nicht vermöchte die weitere Schuld eines neuen durchaus selbständigen Rechtsbruches auf sich zu laden.

19) Nach der bisherigen Auffassung wird man den Raubmord, wenn nicht als Ein Verbrechen, so höchstens als einen Fall der idealen, nimmermehr der realen Concurrenz betrachten. Setze man aber den Fall, daß Jemand um zu stehlen sich im Zimmer einschleicht und dort unvermerkt einen Schlafenden findet. Er könnte den Diebstahl ungestört vollbringen, aber er erkennt im Schlafenden einen ihm verhaßten Feind. Aus Rache ermordet er den Schlafenden und vollbringt dann den Diebstahl. In diesem Falle wie bei dem Raubmorde liegen dieselben Rechtsverletzungen und zwar concurrirende Verbrechen vor. Aber bei dem Raubmorde werden die beiden continuirlich vollbrachten Verbrechen durch die Einheit des Zweckes zu Einem Rechtsbruche verbunden, während hier trotz der continuirlichen Thätigkeit, vermöge des verschiedenen Zweckes zwei gänzlich getrennte Verbrechen vorliegen, von denen jedes einen ganz selbständigen Rechtsbruch enthält.

als derjenigen Beziehung stehen, welche durch das gleichzeitige Strafverfahren bewirkt wird, wenn also ein jedes derselben als Handlung, als Verletzung eines besondern Rechtes, wie als Bruch des Rechtsfriedens völlig selbständig erscheint, eine Cumulation der mehreren verwirkten Strafen stattfinden muß, soweit diese Cumulation nicht durch die Unvereinbarkeit, und die Rücksicht auf die durch die Vereinigung der Strafen gesteigerte Intensität derselben beschränkt wird; 2) daß, wenn die concurrirenden Verbrechen vom Schuldigen als Mittel auf ein und denselben Zweck bezogen wurden, und also zwar als Handlungen und Verletzungen irgend welcher besonderer Rechte selbständig, dagegen als Mittel für ein und denselben Bruch des Rechtsfriedens innerlich eins sind, eine Cumulation der Strafen unzulässig ist. Hat nämlich der Gesetzgeber für jedes besondere Verbrechen die Strafe unter der Voraussetzung festgestellt, daß dieses Verbrechen auch als ein selbständiger Rechtsbruch erscheint, so kann auch, wenn nur Ein Rechtsbruch vorliegt, dieser nicht durch Cumulation der Strafen als ein mehrfacher behandelt werden. Es ist also in dem angegebenen Falle nur Eine Strafe verwirkt und zwar mindestens die des schwersten der concurrirenden Verbrechen. Neben dem mit der schwersten Strafe bedrohten Verbrechen können die übrigen nur als die Schuld und Strafbarkeit erhöhende Momente in Betracht kommen. Der besondere Fall muß es ergeben, ob das für das schwerste Verbrechen angeordnete gesetzliche Strafmaß zureicht, um diese die Strafbarkeit erhöhenden Momente genügend zu berücksichtigen, aber so gewiß es möglich ist, daß, wenn z. B. durch das schwerste Verbrechen das mittlere Maß seiner relativ bestimmten Strafe verwirkt erscheint, eine dem Maximum sich nähernde Strafe ausreichend sein kann, um der durch die concurrirenden Verbrechen erhöhten Strafbarkeit zu entsprechen, so ist es doch durch sich selbst klar, daß es Fälle geben kann, in denen eine über das Maximum hinausgehende Strafe erforderlich erscheinen kann. Zu einer solchen s. g. Schärfung der schwersten Strafe würde aber freilich der Richter immer nur in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmung berechtigt erscheinen.

Was nun insbesondere die Bestrafung concurrirender Verbrechen und Vergehen nach preußischem Strafrechte betrifft, so hat sich das Strafgesetzbuch, wenn es auch den Gebrauch der technischen Bezeichnungen vermied, der herrschenden Doctrin in der Unterscheidung der idealen und realen Concurrenz angeschlossen, und nur die Fassung der betreffenden Bestimmungen hat in den verschiedenen Entwürfen gewechselt [20]). Es bestimmt

20) Beseler Komment. S. 207 flg. Goltdammer Mat. I. S. 447 flg. Temme Lehrb. S. 499.

daher das Strafgesetzbuch zunächst, daß wenn ein und dieselbe Handlung die Merkmale mehrerer Verbrechen oder Vergehen in sich vereinigt, das Strafgesetz zur Anwendung kommen soll, welches die schwerste Strafe androht [21]). Wollte man nun von der richtigen Ansicht ausgehen, daß mehrere Verbrechen auch immer eine Mehrheit von Handlungen voraussetzen, so würde diese Bestimmung wörtlich genommen nur anordnen, daß trotz der Mehrheit der Gesetzübertretungen nur Eine Strafe verhängt werden solle, wenn nur Eine Handlung und Ein Verbrechen vorliege, z. B. also in dem Falle, daß ein besonderes Verbrechen zugleich unter den Thatbestand eines Gattungsverbrechens subsumirt werden kann. Es kann aber nach der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung nicht zweifelhaft sein, daß sie sich nicht auf die Ausschließung nur scheinbarer, sondern auf die Bestrafung wirklicher Concurrenzfälle, und zwar auf die der s. g. idealen Concurrenz bezieht. Sie wird daher auch dem entsprechend in der Praxis zu handhaben sein, obwohl es falsch ist in irgend einem Falle wirklicher Concurrenz Einheit der Handlung anzunehmen. Eine größere Schwierigkeit könnte aber für die Praxis darin zu liegen scheinen, daß die ganze Unterscheidung der idealen und realen Concurrenz unhaltbar ist, und daß bei der Frage, ob die concurrirenden Verbrechen nach dem Cumulations- oder Absorbtionsprincipe zu bestrafen sind, in Wahrheit nicht die Einheit oder Mehrheit der Handlungen, sondern die des Rechtsbruches entscheidet. Wenn aber einerseits dem nichts entgegensteht in einem Falle, den die bisherige Doctrin geneigt sein möchte, der idealen Concurrenz zuzurechnen [22]), der Wahrheit gemäß eine Mehrheit von Handlungen und Rechtsbrüchen anzunehmen und demgemäß die Strafen zu cumuliren, und wenn andrerseits seit dem Gesetze vom 9. März 1853 der Richter in jedem Concurrenzfalle ermächtigt ist nur die schwerste Strafe mit Ausschluß der anderen zu erkennen, so erscheint der Richter hierdurch allerdings in der Strafzumessung bei allen Concurrenzfällen völlig frei, und von den Unterscheidungen, welche das Strafgesetzbuch vorausgesetzt hat, ganz losgelöst. Die richtige Consequenz des Gesetzes vom 9. März 1853 wäre es daher auch gewesen, die Frage, ob im Falle der Concurrenz nur Eine Strafe zu verhängen sei, oder ob eine Cumulation der mehreren Strafen stattfinden solle, dem Ermessen des Richters völlig zu überlassen, und ihn rücksichtlich der dabei entscheidenden Normen an die Doctrin zu verweisen. Eine

---

21) Strafgesetzb. §. 55.

22) Z. B. in dem oben angeführten Falle eines Mordes und Diebstahles die continuirlich vollbracht innerlich völlig von einander unabhängig sind.

nähere Betrachtung der bisherigen Praxis [23]) ergiebt auch zur Genüge, daß dieselbe eine sehr schwankende ist, und daß es ihr noch durchaus nicht hat gelingen wollen eine sichere Grenze zwischen der vom Gesetz unterschiedenen idealen und realen Concurrenz zu ziehen. Es liegt das freilich ganz in der Natur der Sache, weil gerade bei der Beurtheilung des concreten Falles vielmehr als bei der wissenschaftlichen Untersuchung das natürliche Rechtsgefühl unbewußt dahin führen wird den Consequenzen einer in sich unhaltbaren Theorie auszuweichen. Jedenfalls wird also auch nach preußischem Strafrechte dem nichts entgegenstehen, der Forderung der Gerechtigkeit entsprechend, nur Eine Strafe in den Fällen zu verhängen, in welchen die concurrirenden Verbrechen oder Vergehen durch die Einheit des Zweckes und Rechtsbruches innerlich verbunden sind. Daß bei der Feststellung des Strafmaßes nicht bloß dasjenige Verbrechen oder Vergehen, das die schwerste Strafe nach sich zieht und dessen Strafe zu verhängen ist, sondern auch die concurrirenden Verbrechen oder Vergehen zu berücksichtigen sind, versteht sich von selbst, und das Strafgesetzbuch hat eine darauf bezügliche ausdrückliche Bestimmung folgerecht nur darum fallen lassen, weil es auf die Feststellung von Zumessungsgründen überhaupt verzichtete [24]). In keinem Falle aber darf das Maximum der schwersten Strafe überschritten werden, und eine Strafschärfung die im concreten Falle wohl erforderlich erscheinen könnte, ist hier ausgeschlossen. Eine Cumulation der mehreren Strafen soll stattfinden, wenn durch verschiedene selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind [25]). Ohne Zweifel hat das Strafgesetzbuch damit die s. g. reale Concurrenz im Sinne der bisherigen Doctrin bezeichnen wollen, aber es ist dabei bemerkenswerth, daß es sich nicht begnügte nur von verschiedenen Handlungen zu sprechen, sondern es für nöthig erachtete sie auch noch als s e l b s t ä n d i g e zu bezeichnen. Das wird man aber streng genommen allerdings nur thun können, wenn jede dieser Handlungen als ein selbständiger Rechtsbruch erscheint [26]), in welchem Falle die Cumulation der Strafen allerdings ganz

---

23) Vgl. die Urtheile bei Oppenhoff zu §. 55. 56. Goltdammer A. IV. S. 838. V. S. 100, wo sehr entschieden die ganze Unterscheidung der Concurrenz nach Maßgabe der Einheit oder Mehrheit der verbrecherischen Handlungen aufgegeben, und eine innere Einheit der mehreren Handlungen aus einem ganz andern Momente hergeleitet wird. V. S. 103. 416. 409. 430. 562.

24) Goltdammer Mat. I. S. 452.

25) Strafgesetzb. §. 56.

26) In diesem Sinne hat das Obertribunal in dem angeführten Falle, Goltdammers A. V. S. 100, den offenbar vorliegenden verschiedenen Handlungen die Selbständigkeit abgesprochen, und sie unter die Bestimmung des §. 55. subsumirt.

gerechtfertigt ist. Diese Cumulation unterliegt, wenn sie sich auf Freiheitsstrafen bezieht, den angegebenen Beschränkungen [27]), die sich aus der Rücksicht ergeben, daß die Summe der cumulirten Freiheitsstrafen in einem richtigen Verhältnisse zu der Art der Strafe und zu der beschränkten Dauer des menschlichen Lebens stehen muß. Aus der gleichen Rücksicht hätte folgerecht auch eine Beschränkung der cumulirten Geldstrafen stattfinden müssen, wogegen es der eigenthümlichen Natur der accessorischen Strafen ganz entspricht, daß ihre Cumulation nur durch die Rücksicht auf ihre Unvereinbarkeit beschränkt ist [28]). Die Bestimmung, daß die Todesstrafe jede Freiheitsstrafe ausschließe, ist als sich von selbst verstehend in das Strafgesetzbuch nicht aufgenommen worden [29]). Die durch §. 56. ursprünglich unbedingt angeordnete Cumulation der Strafen hat nun aber, so sehr sie in den dazu geeigneten Fällen an sich gerechtfertigt ist, das Bedenken gegen sich, daß sie dem Richter die Möglichkeit entzieht die durch die Vereinigung der Strafen bewirkte größere Intensität derselben zu berücksichtigen. Diese Möglichkeit ist ihm für die meisten Fälle gewährt worden durch den Zusatz, welchen der §. 56. durch das Gesetz vom 9. März 1853 erhielt, wonach die Dauer der cumulirten Freiheitsstrafen bis auf das Maß der für das schwerste Verbrechen oder Vergehen bestimmten Freiheitsstrafen herabgesetzt werden kann [30]). Wenn also in solcher Weise das Cumulationsprincip nicht hat aufgehoben, sondern nur beschränkt werden sollen, so ergiebt sich hieraus für die Praxis der Grundsatz, daß in den Fällen, in welchen mehrere in dem angegebenen Sinne selbständige Verbrechen oder Vergehen concurriren, die Cumulation der Strafen als die Regel zu betrachten sein wird, daß aber von der Summe der cumulirten Freiheitsstrafen, so weit es erforderlich erscheint, ein Abzug gemacht werden darf, für welchen die äußerste Grenze die für das schwerste Verbrechen oder Vergehen bestimmte Strafe ist. Hierbei ist der Richter um so weniger etwa verpflichtet das Maximum dieser Strafe zu wählen, als selbst bei einer vollständigen Summirung mehrerer Freiheitsstrafen nicht nothwendig das Maximum der schwersten Strafe erreicht werden wird. Die Grenze bildet vielmehr nach der Fassung des Gesetzes das Minimum der

27) Strafgesetzb. §. 57.
28) Oppenhoff zu §. 57. n. 3.
29) Goltdammer Mat. I. S. 455. A. III. S. 563.
30) Ohne auf den inneren rechtlichen Grund dieser Bestimmung näher einzugehen, sprechen die Motive nur von den „Härten und Inconvenienzen", welche aus der Cumulation der Strafen hervorgegangen seien. Der Kommissionsbericht der zweiten Kammer bezieht sich auf das Mißverhältniß der cumulirten Strafen und der inneren Verschuldung und Gefährlichkeit der That.

schwersten Strafe, obwohl die Zuerkennung des Minimum der Gerechtigkeit nicht entsprechen würde, da dann jedenfalls und ohne Grund neben dem schwersten die anderen concurrirenden Verbrechen oder Vergehen ganz außer Acht bleiben.

Schließlich muß es als ganz richtig anerkannt werden, wenn die preußische Praxis die über die Concurrenz entscheidenden Grundsätze nicht bloß dann zur Anwendung bringt, wenn es sich um die Feststellung der Strafe mehrerer Verbrechen in ein und demselben Urtheile handelt, sondern auch dann, wenn es sich um Bestrafung eines Verbrechers handelt, der andere gegen ihn erkannte Strafen noch gar nicht oder nicht ganz verbüßt hat [31]). Nicht auf die Einheit des richterlichen Erkenntnisses, sondern nur auf die Gleichzeitigkeit der Bestrafung kann es ankommen.

III. Die Tilgung des Verbrechens ohne Strafe.

1. Der Tod des Verbrechers.

§. 150. Die Strafe richtet sich ihrem Wesen und Zwecke nach nothwendig gegen den Willen des Verbrechers, und darum bringt der Tod des Verbrechers die factische wie rechtliche Unmöglichkeit mit sich, die durch das Verbrechen verwirkte Strafe zu vollziehen. Eine Bestrafung des Verbrechers nach dessen Tode ist, obwohl sie vom positiven Rechte mehrfach für factisch möglich erachtet wurde, rechtlich unmöglich, weil sie zwecklos und zweckwidrig ist, indem durch den Tod das Verbrechen selbst, welches nur in dem, aus dem irdischen Dasein geschiedenen, Willen des Verbrechers seine Existenz hatte, getilgt erscheint.

Anmerk. Schon das römische Recht hatte den allgemeinen Grundsatz ausgesprochen, daß das Verbrechen durch den Tod des Verbrechers getilgt werde [1]). Dennoch kannte das römische Recht mehrfache Ausnahmen von jener Regel, die sich auf Ehren- und Vermögensstrafen d. h. auf die Strafe beziehen [2]), bei denen die Versuchung eine Bestrafung auch noch

---

31) Temme Lehrb. S. 496. Oppenhoff zu §. 56. n. 22. 24. 26. 27.

1) L. 11. D. ad leg. Iul. mai. 48, 4. L. 20. D. de poen. 48, 19.

2) §. 3. J. de pub. iud. 4, 18. L. 11. §. 3. D. de his qui not. 3, 2. L. 24. D. de poen. 48, 19. L. 11. D. ad leg. Iul. mai. 48,4. L. 20. D.

nach dem Tode eintreten zu lassen, am nächsten lag. Diese Bestimmungen gingen zum Theil in das deutsche Strafrecht über, so, nach der Bestimmung der Carolina [3]), die nach dem Tode zu vollstreckende Vermögens-Confiscation, falls sich der Angeklagte vor dem Urtheile selbst ermordete, und ebenso ließ die Praxis bei dem des Hochverrathes Angeklagten, wenn er vor dem Urtheile starb, die Vermögensconfiscation eintreten [4]). Folgerecht muß auch der Grundsatz, daß bei Privatdelicten die Vermögensstrafen auf die Erben übergehen, falls gegen den noch lebenden Erblasser die Klage erhoben war [5]), als ein im gemeinen Rechte praktisch geltender betrachtet werden [6]), obwohl ihn die neuere Doctrin meist unbeachtet gelassen hat. Die damnatio memoriae und die Verweigerung des ehrlichen Begräbnisses wurden in Folge der Bestimmungen des canonischen Rechtes in Deutschland recipirt [7]), und noch weiter ging vielfach die Praxis und Landesgesetzgebung, indem sie die Vollziehung von Strafen am Leichnam anordnete [8]). Aber selbst die neuste Zeit hat sich von den Ueberresten einer nach dem Tode des Verbrechers zu vollstreckenden Bestrafung nicht frei machen können, und nur das preußische Strafgesetzbuch hat abweichend von den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts [9]), ohne den Grundsatz selbst auszusprechen [10]), auf jede solche Bestrafung verzichtet.

§. 151. Dem Grundsatze, daß durch den Tod des Verbrechers das Verbrechen getilgt werde, widerspricht es nicht, wenn, auch nach den Bestimmungen des preußischen Strafrechts, Vermögensstrafen nach dem Tode vollzogen werden, wofern sie bei Lebzeiten des Schuldigen durch ein rechtskräftiges Urtheil aus-

---

de accus. 48, 2. L. 6. C. si reus vel accus. 9, 6. L. un. pr. D. si pend. appell. 49, 13. L. 20. D. de accus. 48, 2. L. 2. C. ad leg. Iul. repet. 9, 27. L. 4. C. de re milit. 12, 36. L. 3. D. de bon. eor. qui ante sent. 48, 21.

3) Art. 135.

4) Koch §. 570. n. 2. Quistorp §. 76. Kleinschrod III. §. 67. Vgl. Carol. art. 218. A. M. dagegen schon Püttmann Elem. §. 168.

5) L. 26. 33. D. de O. et A. 44, 7. §. 1. J. de perp. et temp. act. 4, 12.

6) Roßhirt Entw. S. 383 flg. Abegg Lehrb. §. 175. n. 276.

7) Csa. 24. qu. 2. c. 6. C. 12. X. de sepult. 3, 28.

8) Berlich Concl. pract. IV. 5. n. 99. Carpzow Pract. qu. 131. n. 27 sequ.

9) Vgl. A. L. R. II. 20. §. 99. 103. 805. 1456.

10) Die in den früheren Entwürfen ausgesprochene allgemeine Regel wurde bei der Revision von 1845 gestrichen, Goltdammer Mat. I. S. 200.

gesprochen wurden [1]). Wenn ferner das Eigenthum einer, der strafrechtlichen Confiscation unterliegenden, Sache als im Augenblicke der Verübung der strafbaren Handlung auf den Fiscus übergegangen angesehen wird [2]), so ist folgerecht auch die Confiscation nach dem Tode des Schuldigen zu vollstrecken, selbst wenn ein strafrechtliches Urtheil bei seinen Lebzeiten nicht ergangen sein sollte [3]).

Anmerk. Rücksichtlich der nach dem Tode zu vollstreckenden Geldstrafen ist besonders zu beachten, daß der Ausdruck „können" im ersten Absatze des §. 20. nicht bloß die Bedeutung hat die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Strafvollstreckung ausdrücklich auszusprechen, sondern die: jener Bestimmung eine facultative Fassung zu geben, nach welcher nicht in allen Fällen eine rechtliche Nothwendigkeit der Vollstreckung stattfinden soll [4]). In Betreff der Confiscation giebt der §. 20. zu erkennen, daß er den Grundsatz des Landrechtes und der Steuergesetzgebung, nach welchem die Confiscation als Folge des Verbrechens von selbst eintritt, als fortbestehend voraussetzt, ein Grundsatz, der gerade um so weniger einem Bedenken unterliegt, nachdem die Confiscation auf ihr gegenwärtiges Maß eingeschränkt ist. Kann aber die Confiscation jedenfalls nicht ohne richterliches Urtheil vollstreckt werden, und fällt mit dem Tode des Angeschuldigten die Möglichkeit nicht bloß der Strafe, sondern auch des Strafurtheils weg, so folgt von selbst, daß der Anspruch des Fiscus auf den zu confiscirenden Gegenstand immer nur vor dem Civilrichter gegen den Nachlaß des Verstorbenen geltend gemacht werden kann [5]).

2. Die Verjährung.

§. 152. Die Strafbarkeit der verbrecherischen Handlung

---

1) Strafgesetzb. §. 20.
2) A. L. R. I. 9. §. 464. II. 20. §. 285. 297. 299. Ges. v. 26. Mai 1818 §. 136 flg.
3) Strafgesetzb. §. 20.
4) Goltdammer Mat. I. S. 201.
5) Goltdammer a. a. O. S. 205. Oppenhoff zu §. 20. No. 3. A. M. Temme Gloss. S. 82. Lehrb. S. 453. Ebenso das Kammer-Ger. vgl. Goltdammer A. I. S. 71. Die Berufung auf §. 50. des Ges. v. 12. Mai 1851 kann hier augenscheinlich durchaus nicht entscheiden, da die Vernichtung einer Schrift, die den Thatbestand einer strafbaren Handlung enthält, der Confiscation durchaus nicht völlig gleich zu stellen ist.

wird bei Lebzeiten des Schuldigen getilgt durch die Verjährung. Der Grund dafür, daß die Strafbarkeit durch den Ablauf der Zeit aufgehoben wird, liegt darin, daß einerseits mit der Zeit das Andenken an die That und ihre Folgen, und damit auch der Bruch des Rechtes aus dem rechtlichen Bewußtsein des Volkes verschwindet, und daß andrerseits die Zeit dem Thäter die Möglichkeit zur Tilgung seiner sittlichen Schuld gewährt, daß also in solcher Weise der Zeitablauf dem Zwecke der Strafe dient, und diese damit zwecklos wird. Dazu kommt überdies der weitere Grund, daß im Verlaufe der Zeit die Beweismittel verdunkelt werden oder verloren gehen, daß also nicht bloß für den Ankläger der Beweis der Schuld, sondern auch für den Angeklagten der Beweis seiner Unschuld erschwert wird, und darum die mit der Zeit sich steigernde Gefahr eines ungerechten Urtheils vorliegt.

Anmerk. 1. Während die ältere Doctrin sich damit begnügte die gemeinrechtlichen Grundsätze der Verjährung im Einzelnen zu erörtern, hat man erst in neuerer Zeit begonnen die strafrechtliche Verjährung rücksichtlich ihres innern Grundes näher ins Auge zu fassen. Nachdem schon Böhmer [1]) die strafrechtliche Verjährung im Wesentlichen richtig erfaßt und sich gegen die mancherlei Beschränkungen, die man ihr schon früher hatte auferlegen wollen [2]), erklärt hatte, wurde sie besonders am Ende des vorigen und Anfange dieses Jahrhunderts als in sich ungerechtfertigt und verwerflich angefochten [3]). Andrerseits waren freilich die Gründe, welche man für die Berechtigung und Nothwendigkeit der Verjährung anführte, meist sehr einseitig und ungenügend, so wenn man sie allein auf den Mangel der Beweismittel [4]), auf die durch die Gewissensbisse erlittene Bestrafung [5]),

---

1) Böhmer ad Carpz. Quaest. 141. obs. 1.

2) Carpzow Qu. 141. Leyser Spec. 515, 9. Engau Betrachtung von der Verjährung in peinl. Fällen. Lauterbach De praescript. crim.

3) Hallacher Princ. iur. rom. de praescript. crim. 1787. Henkel D. utrum delict. poen. praescript. toll. 1793. Gründler Syst. Entw. der Lehre von der Verjähr. der peinl. Strafen. 1796. Staiger im A. V. S. 52 flg. Stübel Krim. Verf. III. §. 1410 flg. Oersted Grundreg. S. 471 flg. Feuerbach Krit. d. Kleinsch. Entw. II. 242.

4) Lauterbach l. c. Grantz Defensio reor. c. 8. Kleinschrod System. Entw. II. §. 102. Trummer Crim. Beitr. III. 2. S. 237.

5) Engau a. a. O.

auf die Vermuthung der wahren Reue gründen [6]), oder sie der civilrechtlichen Verjährung völlig gleichstellen wollte [7]), obwohl doch auch schon früher durch das Zusammenfassen mehrerer Gründe sich eine richtigere Auffassung kund gab [8]). Die neuere Doctrin hat sich meist darauf beschränkt, die Lehren des positiven Rechtes vorzutragen, ohne auf eine Begründung der Verjährung einzugehen [9]), und erst Köstlin hat in einer genügenderen Weise ihr Wesen zu erfassen und die Einwendungen gegen dieselbe zu widerlegen versucht [10]). Wenn aber auch seine Auffassung der Verjährung und seine Polemik gegen entgegenstehende Ansichten volle Anerkennung verdient, so kann es doch nicht gebilligt werden, wenn er der durch den Zeitablauf erfolgenden Erschwerung des Beweises durchaus jede Berücksichtigung versagt [11]). Handelt es sich um den Rechtsgrund einer Einrichtung des positiven Rechtes, so kommt es nothwendig in Betracht, daß der Staat und das Gericht es überhaupt nie unternehmen können das Recht schlechthin zu verwirklichen, sondern daß sie sich damit begnügen müssen das Recht, so weit es erkennbar und erweislich ist, zur Geltung zu bringen. In Folge dessen ist es aber eine Forderung der Gerechtigkeit, daß der Staat auf das Strafverfahren da verzichte, wo er sich der Wahrscheinlichkeit der Unerweislichkeit der Thatsachen bewußt sein muß.

Anmerk. 2. Die strafrechtliche Verjährung war auch dem ältern deutschen Rechte nicht völlig unbekannt. Abgesehen von anderen vereinzelten Spuren einer solchen Verjährung [12]) spricht der Sachsenspiegel den allgemeinen Grundsatz aus, daß wenigstens bei geringeren Vergehen innerhalb eines Jahres geklagt werden müsse [13]), und daß darum, wenn der Verletzte nach einem Jahre stirbt, dessen Erben keine Klage mehr erheben können, ein Grundsatz, den die Glosse dahin erläutert: es müsse angenommen werden, der Verletzte, der innerhalb eines Jahres nicht klagte, habe dem Schuldigen verziehen. Dem wesentlichen Zwecke einer strafrechtlichen

---

6) Püttmann Elem. §. 1047. Koch Inst. §. 972. Stelzer Crim. R. §. 243.

7) Quistorp §. 864. Meister Princ. §. 466.

8) So schon bei Koch l. c. Klein Grundsätze §. 184. Jarke I. §. 55.

9) Abegg Lehrb. §. 170. Roßhirt Entw. S. 385. Heffter §. 186. Marezoll S. 215.

10) Köstlin N. Revis. §. 217. Syst. §. 127. Ihm folgt im Wesentlichen Berner Lehrb. §. 145.

11) Vgl. Mittermaier im A. 1849 S. 569. zu Feuerb. §. 64. n. 2. Berner a. a. O.

12) Vgl. Mittermaier im N. A. X. S. 714. Birnbaum im N. A. XIV. S. 191.

13) Sächs. L. R. III. 31. §. 3.

Klagverjährung diente aber ferner auch der Umstand, daß das eigenthümlich gestaltete, bei einer verspäteten Klage den Beklagten außerordentlich begünstigende, Beweisverfahren darauf abzielte, möglichst in allen Fällen eine sofort erhobene Klage und die Möglichkeit des Richtens über die handhafte That zu bewirken. Wo es nicht möglich war den Angeklagten sogleich vor Gericht zu stellen, wurden die Nachtheile eines verspäteten Strafverfahrens durch die Verfestung und deren weitere Folgen beseitigt, so daß in der Praxis sich kaum ein Bedürfniß einer näher entwickelten strafrechtlichen Verjährung herausstellen mochte. Im gemeinen Rechte beruht daher die Verjährungslehre lediglich auf den Grundsätzen des römischen Rechts. Ihrem Ursprunge nach nicht genügend klar[14]) ist die Verjährung hier unzweifelhaft eine Klagverjährung, und obwohl darum schon früh und bis in die neuere Zeit das Bedenken erhoben worden ist[15]), daß sie bei dem gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesse unanwendbar sei, so ist doch die Thatsache ihrer Reception und fortdauernden gemeinrechtlichen Giltigkeit nicht zu bezweifeln[16]). Auch die neuere deutsche Strafgesetzgebung hat sich der Anerkennung einer strafrechtlichen Verjährung nicht zu entziehen vermocht, obwohl sich hierbei die verschiedenen Ansichten der Doctrin über das Wesen und den Grund derselben geltend gemacht haben, so daß sie in Folge davon in ihren rechtlichen Voraussetzungen wie Wirkungen verschieden gestaltet erscheint.

§. 153. **Das preußische Strafrecht kennt nur eine Verjährung der strafrechtlichen Verfolgung der Verbrechen oder Vergehen[1]), nicht aber der rechtskräftig erkannten Strafen[2]). Die gesetzliche Voraussetzung der Verjährung ist allein der Ablauf der Verjährungsfrist, und diese beträgt für Verbrechen, die mit Todesstrafe bedroht sind, dreißig Jahre; für die, welche im höchsten Strafmaße mit einer Freiheitsstrafe von einer längeren als zehnjährigen Dauer bedroht sind, zwanzig Jahre; für die, welche mit einer milderen Freiheitsstrafe bedroht sind, zehn Jahre; für Vergehen, die im höchsten Strafmaße mit einer höheren als drei-**

---

14) Böhmer ad Carpz. Qu. 141. obs. 1. Quistorp §. 864. Feuerbach §. 64. Unterholzner Verjähr. II. S. 439 flg. Heffter §. 186. n. 2. Roßhirt Entw. S. 387.

15) Müller De praescript. crim. 1818. Martin Lehrb. §. 103.

16) Heffter a. a. O.

1) Strafgesetzb. §. 45. 46.

2) Strafgesetzb. §. 49.

monatlichen Gefängnißstrafe bedroht sind, fünf Jahre; für alle anderen Vergehen drei Jahre. Mit Ausnahme der einfachen Beleidigung, welche in sechs Monaten verjährt, verjähren die Uebertretungen in drei Monaten [3]).

Anmerk. Bei der Redaction des preußischen Strafgesetzbuches ist rücksichtlich der Verjährung der vorwaltende Gesichtspunkt der gewesen, daß sie in criminalpolitischer Beziehung zwar unentbehrlich, dagegen nicht als eine in sich berechtigte und nothwendige Institution erscheine [4]). Dem entsprach es, daß man die durch den Zeitablauf bewirkte Erschwerung des Beweises als das eigentlich bestimmende Motiv betrachtete, und darum die Verjährung der rechtskräftig erkannten Strafe ausschloß, obwohl man zugestand, daß diese ebenso wie die Verjährung der strafrechtlichen Verfolgung gerechtfertigt erscheine, so wie man die Rücksicht auf den Beweis nicht als die allein maßgebende ansehe. Von solchem Standpunkte aus würde es allerdings folgerichtig gewesen sein die Verjährung in dem Falle auszuschließen, wenn der Verbrecher sich der eingeleiteten Untersuchung durch die Flucht entzieht und damit in schuldhafter Weise den Ueberführungsbeweis erschwert. Die darauf bezüglichen Bestimmungen [5]) der früheren Entwürfe sind aber späterhin weggefallen. Im Anschlusse an den, freilich vielfach streitigen, Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß nämlich manche Verbrechen unverjährbar seien [6]), sind auch in den Entwürfen des Strafgesetzbuches wiederholt die mit der Todesstrafe bedrohten Verbrechen von der Verjährung ausgeschlossen worden, indem man, von dem einmal gewählten Standpunkte durchaus abweichend, hier den Grundsatz geltend machte, daß so schwere Verbrechen als ein durch die Zeit nicht zu tilgender Widerspruch gegen das Rechtsbewußtsein des Volkes erscheinen [7]). Erst die Kommission der zweiten Kammer tilgte diese noch in den Entwurf von 1850 aufgenommene Ausnahme. Nicht weniger principlos war es, wenn man die Verjährung dann ausschließen wollte, wenn der Verbrecher in der Verjährungszeit ein vorsätzliches Verbrechen begangen habe. Die Ver-

---

3) Strafgesetzb. §. 339. 343.
4) Goltdammer Mat. I. S. 381 flg.
5) Goltdammer a. a. O. S. 385.
6) L. 10. D. ad leg. Pomp. de parric. 48, 9. L. 13. D. ad Sct. Silan. 29, 5. L. 4. C. de apost. 1, 7. L. 19. §. 1. D. ad leg. Corn. de fals. 48, 10. Carpzow Pract. qu. 141. n. 51. Leyser Spec. 515. m. 12. Unterholzner II. 453 flg. Roßhirt Entwickl. S. 408.
7) Goltdammer a. a. O. S. 386 flg.

jährung an die Bedingung zu knüpfen, daß dies nicht geschehen sei, kann einigen Schein für sich haben, falls man die Möglichkeit einer im Verlaufe der Zeit erfolgten sittlichen Besserung als wesentlichen Grund der Verjährung betrachtet[8]). Gleichwohl läßt sie sich auch durch diese Rücksicht nicht genügend rechtfertigen, denn wenn es bei der Bestimmung einer Verjährungsfrist immer darauf ankommt, daß eine Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit mit Ablauf der Frist als Wirklichkeit betrachtet wird, dann darf auch die Verjährung nicht durch den Beweis ausgeschlossen werden, daß das Mögliche nicht wirklich geworden sei. Im andern Falle würde die Verjährung auch dann auszuschließen sein, wenn erweislich die Zeit nicht hingereicht hat, das geschehene Verbrechen in der Erinnerung des Volkes genügend zu tilgen. Es muß darum durchaus gebilligt werden, daß die Verjährung an keine weitere Bedingung als den Ablauf der Zeitfrist geknüpft ist. Was aber die Verjährungsfristen selbst betrifft, so konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß die mit dem römischen Strafverfahren zusammenhängenden Fristen des gemeinen Rechts ganz aufgegeben werden mußten. Wird die Verjährung lediglich auf die durch Zeitablauf bewirkte Erschwerung des Beweises basirt, dann würde es folgerichtig sein für alle strafbaren Handlungen, wie das sächsische Strafgesetzbuch, nur ein und dieselbe Frist anzuordnen, eine Consequenz die das preußische Strafgesetzbuch aus seiner Auffassung der Verjährung nicht gezogen hat, indem es vielmehr, dem wahren Grunde derselben entsprechend, die Fristen in angemessener Weise nach dem Maße der Schuld und Strafbarkeit verschieden bestimmt hat.

§. 154. Ein Verbrechen oder Vergehen, dessen Bestrafung nur auf Antrag einer Privatperson erfolgen kann, bleibt straflos, wenn die zum Antrage berechtigte Person den Antrag binnen drei Monaten zu machen unterläßt. Diese Frist beginnt mit der Zeit, zu welcher der zum Antrage Berechtigte von dem gegen ihn begangenen Verbrechen oder Vergehen und von der Person des Thäters Kenntniß erhalten hat, wobei vorausgesetzt wird, daß der Antrag noch zu der Zeit erfolge, in welcher die allgemeine gesetzliche Verjährungsfrist des betreffenden Verbrechens oder Vergehens nicht schon abgelaufen ist[1]). Wenn in dem an-

8) Aus dieser Rücksicht knüpft Köstlin Syst. §. 128. die Verjährung an eine solche Bedingung.
1) Strafgesetzb. §. 50.

gegebenen Falle das Recht die Bestrafung zu beantragen mehreren Personen zusteht, so wird durch die Fristversäumniß des einen Berechtigten das Recht der Uebrigen nicht ausgeschlossen. Der Antrag auf Bestrafung ist untheilbar, weshalb das Strafverfahren gegen sämmtliche Theilnehmer an einem Verbrechen oder Vergehen stattfindet, auch wenn nur gegen Einen derselben auf Bestrafung angetragen wurde. Der Antrag auf Bestrafung kann, so weit nicht in einzelnen Fällen eine gesetzliche Ausnahme stattfindet, nach Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung nicht zurückgenommen werden. Zum selbständigen Antrage auf Bestrafung ist der Verletzte berechtigt, wenn er das sechszehnte Lebensjahr zurückgelegt hat, so lange jedoch der Verletzte minderjährig ist, hat auch der Vater oder Vormund desselben das Recht, unabhängig von der eignen Befugniß des Verletzten, auf Bestrafung anzutragen [2]).

Anmerk. Die vorstehenden Bestimmungen beziehen sich augenscheinlich auf eine von der strafrechtlichen Verjährung durchaus verschiedene Rechtseinrichtung. Im gemeinen Rechte sind nämlich nicht nur einige Ueberreste des römischen und germanischen Privatstrafrechtes, sondern auch andere Fälle übrig geblieben, in denen öffentlich strafbare Handlungen bedingungsweise nur in Folge des Antrages des Verletzten verfolgt werden können. Der Standpunkt des modernen Strafrechtes würde nun allerdings fordern, daß die strafrechtliche Verfolgung des Schuldigen in jedem Falle von Amtswegen stattfinde, aber man wird es wenigstens im Allgemeinen nicht tadeln können, wenn die meisten der neueren Strafgesetzbücher, und so auch das preußische, theils im öffentlichen Interesse, theils im Interesse des Verletzten, theils in dem der Schonung anderweitiger sittlicher Beziehungen, mit Bewußtsein von dem gedachten Principe abgewichen sind, und in einer Mehrheit von Fällen die strafrechtliche Verfolgung und Bestrafung des Schuldigen von einem besondern Antrage auf Bestrafung abhängig gemacht haben [3]). Daß hierbei von einer theilweisen Rückkehr zu dem Privatstrafrechte nicht die Rede sein kann, ist von selbst klar. War in solcher Weise

---

2) Strafgesetzb. §. 51—54.
3) Ueber die Art, wie sich die hierauf bezüglichen Grundsätze in den deutschen Gesetzgebungen gestaltet haben, ist die ausführliche Darstellung bei Köstlin System S. 513 flg. zu vergleichen.

die gerichtliche Verfolgung des Schuldigen von einer Klage oder Antrage des Verletzten auf Bestrafung abhängig gemacht, so war es eine nothwendige Folge, daß dem Verzicht auf die Klage, oder dem Nichtgebrauche des Klagrechtes die gleiche Wirkung wie der Verjährung beigelegt werden mußte, obwohl hier offenbar die Gründe, welche die Verjährung rechtfertigen, durchaus nicht obwalten. Es haben daher auch im Verlaufe der Redaction des preußischen Strafgesetzbuches umfangreiche Erörterungen über die Verzeihung oder den Verzicht auf das Recht die Bestrafung zu beantragen, stattgefunden [4]). Hierbei wurden nun zunächst von den betreffenden Bestimmungen mit Recht diejenigen Verbrechen und Vergehen ausgeschlossen, deren Bestrafung den Antrag einer Behörde voraussetzt, die demnach nur den allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung unterliegen, und nur die Handlungen, deren Bestrafung den Antrag einer Privatperson erfordert, bleiben straflos, falls dieser Antrag nicht rechtzeitig erfolgt.

§. 155. Der Lauf der Verjährung wird unterbrochen durch jeden Antrag oder jede sonstige Handlung der Staatsanwaltschaft, so wie jeden Beschluß und jede sonstige Handlung des Richters, welche die Eröffnung, Fortsetzung oder die Beendigung der Untersuchung gegen den Angeschuldigten oder die Verhaftung desselben betrifft. Wenn die Verjährung unterbrochen wird, so beginnt eine neue Verjährung, welche von der letzten zur Unterbrechung geeigneten Handlung an zu laufen beginnt. Jedoch soll diese neue Verjährung dem nicht zu Statten kommen, welcher sich der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung durch die Flucht entzogen hat [1]).

Anmerk. Trotz der mancherlei auf das Einzelne sich beziehenden Meinungsverschiedenheiten darf es jetzt als der feststehende Grundsatz des gemeinen Rechtes betrachtet werden, daß der Lauf der strafrechtlichen Verjährung nur durch diejenige gerichtliche Handlung unterbrochen wird, welche gegen eine bestimmte Person als den Angeschuldigten gerichtet ist [2]). Die Entstehungsgeschichte des §. 48. des preußischen Strafgesetzbuches, beson-

---

4) Goltdammer Mat. I. S. 388 flg.

1) Strafgesetzb. §. 47. 48.

2) Wening-Ingenheim im N. A. VI. S. 228. Mittermaier zu Feuerbach §. 67. n. 1. und im A. 1849 S. 581. Martin Crim. Proz. §. 22. Heffter §. 189. n. 8. Köstlin Syst. §. 129. Berner Lehrb. S. 225.

ders die Fassung der betreffenden Bestimmung im Entwurfe von 1845, giebt unzweifelhaft zu erkennen, daß es die Absicht war jenen gemeinrechtlichen Grundsatz auch hier zur Geltung zu bringen, und wenn später jene Fassung allerdings geändert worden ist, ohne daß aber irgend Gründe für die Annahme eines beabsichtigten Aufgebens des leitenden Grundsatzes vorliegen, so wird man mindestens nicht ohne zwingende Nothwendigkeit den Worten des Gesetzes einen von jenem Grundsatze wesentlich abweichenden Sinn unterschieben dürfen. Wenn nun die Verjährung unterbrochen werden soll durch jede Handlung der Staatsanwaltschaft oder des Richters, welche die Eröffnung, Fortsetzung oder Beendigung der Untersuchung oder die Verhaftung des Angeschuldigten betrifft, so geht das Gesetz offenbar von der Voraussetzung aus, daß die Verhaftung des Angeschuldigten oder eine sie betreffende Handlung der Staatsanwaltschaft oder des Richters ebenso wie die Eröffnung der Untersuchung oder eine sie betreffende Handlung nothwendig sich auf eine bestimmte Person als die des Angeschuldigten bezieht, und daß eben nur diese Handlungen mit Ausschluß anderer die Verjährung unterbrechen sollen, während man, wenn dies nicht der Sinn sein sollte, die zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Handlungen gar nicht erst näher hätte zu bezeichnen brauchen, sondern diese Unterbrechung von einer jeden auf das Strafverfahren sich beziehenden Handlung der betreffenden Behörden hätte abhängig machen können. Das Gesetz hat demnach hier diejenigen Handlungen ausschließen wollen, die zwar das Strafverfahren betreffen, denen aber die Beziehung auf eine bestimmte Person, als Angeschuldigten, noch mangelt. Es kann darum der Grundsatz, daß eine jede die Eröffnung der Untersuchung vorbereitende Handlung, namentlich also eine jede, welche den Zweck hat die Natur und Existenz des angezeigten Verbrechens, so wie die Person des Thäters und die zu seiner Ueberführung dienenden Beweismittel zu erforschen, auch die Eröffnung der Untersuchung b e t r e f f e, weil sie dieselbe b e z w e c k e[3]), unmöglich als richtig anerkannt werden. Es mag zugegeben werden, daß die Fassung des §. 48. eine bestimmtere hätte sein können, aber wenn Handlungen genannt werden, welche die Eröffnung d e r Untersuchung oder die Verhaftung d e s Angeschuldigten betreffen, so wird man, unter Berücksichtigung der Entstehung des Paragraphen, nimmermehr annehmen können, daß dahin auch solche Handlungen gehören, durch welche erst erforscht werden soll, o b überhaupt e i n e Untersuchung zu eröffnen,

---

3) Vgl. die Urtheile des Ob. Tribunals bei Oppenhoff zu §. 48. n. 1. Vgl. auch Goltdammer A. II. S. 109. III. S. 265.

und wer vielleicht als der Anzuschuldigende zu verhaften sei. Auch liegt es jedenfalls in der Natur der Sache, daß, wenn der Lauf der strafrechtlichen Verjährung zum Nachtheil einer bestimmten Person unterbrochen werden soll, dazu auch eine Handlung gehört, welche sich gegen eine bestimmte Person als Angeschuldigten richtet. Für diesen Grundsatz hat sich bisher auch die Doctrin einmüthig gegen die entgegengesetzte Praxis ausgesprochen [4]). Ist aber eine Handlung nach der angegebenen Norm zur Unterbrechung der Verjährung geeignet, dann kommt es nicht weiter darauf an, daß der betreffende Beamte der Staatsanwaltschaft oder das Gericht auch in dem concreten Falle zur Vornahme dieser Handlung competent waren, wenn sie nur überhaupt zur strafrechtlichen Verfolgung von Verbrechen oder Vergehen competent sind [5]). In dieser Beziehung wird man dem Grundsatze durchaus beistimmen müssen, daß es nicht darauf ankommen kann, ob der Beamte, welcher die strafrechtliche Verfolgung betreibt, den Namen des Richters führt, sondern nur darauf, daß ihm die wesentlichen Befugnisse des Richters: das Recht der Untersuchung und Entscheidung zusteht, daß also in Zoll- und Steuersachen die Verjährung auch durch das administrative Strafverfahren unterbrochen wird [6]). Auf die nur im Wege des Civilprozesses stattfindende Verfolgung wegen einfacher Beleidigung findet die Bestimmung des §. 48. keine Anwendung, dagegen wohl auf die Fälle, in welchen die Bestrafung nur auf den Antrag einer Privatperson erfolgen kann. In diesen letzteren Fällen wird daher die Verjährung durch Handlungen der Staatsanwaltschaft oder des Richters, die vor einem solchen Antrage vorgenommen wurden, nicht unterbrochen [7]).

Die in der gemeinrechtlichen Doctrin vielfach streitige Frage über die Wirkung der erfolgten Unterbrechung der Verjährung [8]) ist im preußischen Strafrechte ganz richtig dahin entschieden, daß mit der letzten die Verjährung unterbrechenden Handlung eine neue Verjährung zu laufen beginne [9]), und nur dann, wenn diese letzte Handlung in einer rechtskräf-

---

4) Beseler Komment. S. 201. Goltdammer Mat. I. S. 440. Temme Lehrb. S. 537.

5) Goltdammer a. a. O. S. 439. Oppenhoff zu §. 48. n. 8. Damit stimmt auch das gemeine Recht überein. Vgl. Heffter Lehrb. §. 189. Dagegen Temme Lehrb. S. 536.

6) Oppenhoff a. a. O. n. 14. und besonders die Abhandlung in Goltdammers A. IV. S. 336 flg.

7) Oppenhoff a. a. O. n. 9—12.

8) Vgl. Köstlin Syst. S. 502 flg.

9) Unrichtig ist es daher, wenn in §. 47. nur die letzte gerichtliche Handlung genannt wird. Oppenhoff zu §. 47. n. 3. Die Folgerungen, die

tigen Verurtheilung besteht, wird, wie sich nach §. 49. von selbst versteht, der Lauf einer neuen Verjährung für immer abgeschnitten. Nur für denjenigen, welcher sich der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung durch die Flucht entzog, läuft keine neue Verjährung, wohl aber für denjenigen, welcher vor Einleitung der Untersuchung entflohen ist [10]). Uebrigens wird als Flucht nicht bloß eine Entfernung vom Orte des Gerichtes, sondern ein jedes Verhalten des Angeschuldigten betrachtet werden müssen, durch welches er sich thatsächlich der strafrechtlichen Verfolgung eigenmächtig entzieht [11]).

§. 156. Die Wirkung der vollendeten Verjährung ist die, daß das criminelle Unrecht der betreffenden Handlung völlig getilgt erscheint, wogegen das in ihr enthaltene civile Unrecht durch die strafrechtliche Verjährung nicht berührt wird. Ist aber durch die Verjährung die strafrechtliche Bedeutung der fraglichen Handlung überhaupt aufgehoben, so ist damit nicht bloß eine Bestrafung oder strafrechtliche Verfolgung derselben, sondern auch eine jede sonstige rechtliche Folge, die sie nur als eine criminell strafbare Handlung haben könnte, ausgeschlossen. Die Wirkungen der Verjährung sind von Amtswegen zu berücksichtigen und können auch durch einen Verzicht des Thäters nicht beseitigt werden.

Anmerk. Die verschiedenartige Auffassung des Wesens der Verjährung veranlaßte in der gemeinrechtlichen Doctrin auch rücksichtlich ihrer Wirkungen mehrfache Meinungsverschiedenheiten, indem man zwar in Folge der Verjährung ein Strafverfahren und eine criminelle Bestrafung, nicht aber mancherlei andere rechtliche Folgen der verbrecherischen That für ausgeschlossen erachtete [1]). Eine jede derartige Beschränkung muß aber unbe-

---

Temme Lehrb. S. 535 aus der Fassung des §. 47. für die Bedeutung des §. 43. ziehen will, sind schwerlich zu billigen und haben gewiß nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen.

10) Goltdammer Mat. I. S. 385. 439. Temme a. a. O. S. 538.

11) Goltdammer Mat. I. S. 439. Oppenhoff a. a. O. n. 7. 8.

1) J. Clarus §. fin. qu. 51. n. 7., der sich für den schon unter den Italienern streitigen Grundsatz ausspricht, daß auch das verjährte Verbrechen bei der erhöhten Strafe des Rückfalls zu beachten sei. Während Carpzow qu. 141. sich für die unbedingte und völlige Tilgung des Verbrechens entscheidet, ist erst die spätere Zeit wieder zu einer Theilung und Unterscheidung in den Wirkun-

denklich als eine dem Wesen der Verjährung widersprechende und verwerfliche Inconsequenz bezeichnet werden, da kein Grund einzusehen ist, durch welchen es sich rechtfertigen ließe, daß durch die Verjährung zwar einige strafrechtliche Folgen des Verbrechens getilgt würden, andere aber als untilgbare bestehen blieben [2]). Der Grundsatz der völligen Tilgung aller strafrechtlichen Folgen des Verbrechens findet unbezweifelt auch bei der Verjährung nach preußischem Strafrechte seine Anwendung, und insbesondere kann hier das verjährte Verbrechen oder Vergehen nie dazu dienen für eine spätere Handlung die erhöhte Rückfallsstrafe zu begründen, da diese eine rechtskräftige Verurtheilung voraussetzt, durch welche jede Verjährung ausgeschlossen wird. Daß der Richter, so weit es für ihn von Interesse ist, das gesammte frühere Leben des Angeklagten zu erforschen, um hieraus auf das Maß der sittlichen Schuld zu schließen, ebenso bereits verjährte Verbrechen wie sonstige gar nicht strafbare Handlungen des Angeklagten in Betracht ziehen wird und darf, unterliegt keinem Zweifel. Es kann aber nicht gebilligt werden, wenn der Grundsatz aufgestellt wird, daß auch ein verjährtes Verbrechen als Strafzumessungsgrund berücksichtigt werden dürfe [3]). Zwar darf das verjährte Verbrechen mit vielen anderen Momenten dazu dienen, von dem gesammten sittlichen Zustande des Angeschuldigten ein Bild zu entwerfen, das als Basis für die Beurtheilung seiner Schuld in dem jetzt vorliegenden Falle dient, während, wenn das verjährte Verbrechen ohne weiteres als zulässiger Strafzumessungsgrund bezeichnet wird, damit die Gefahr nahe liegt, daß es als Grund einer Rückfallsstrafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes benutzt wird.

3. Die Begnadigung.

§. 157. Nur um der Gerechtigkeit willen wird das Verbrechen gestraft, und es müßte deshalb in einem jeden Falle die

---

gen der Verjährung zurückgekehrt. Vgl. Leyser Spec. 515. coroll. 2. Quistorp §. 870. Stübel Crim. Proz. §. 1497 flg. Tittmann I. §. 61. Martin Crim. Proz. §. 21. n. 10. Ueber die Frage, ob das verjährte Verbrechen Verlust politischer Rechte oder des Amtes bewirken könne, vgl. Zachariä im A. 1842 S. 208 flg. Kraus ebend. 1846 S. 473.

2) Feuerbach §. 69. Unterholzner Verjähr. II. 467. Roßhirt Entwickl. S. 392—393. Köstlin Syst. S. 507. Jetzt auch Heffter (6. Aufl.) §. 190.

3) Vgl. die Urtheile des Ob. Trib. bei Oppenhoff zu §. 45. n. 4. §. 60. n. 5. Auch Temme Lehrb. §. 532. will das verjährte Verbrechen, wenn zwar nicht als Grund der besonderen gesetzlichen Rückfallsstrafen, so doch als Grund erhöhter Strafbarkeit des späteren Verbrechens behandelt wissen.

gesetzliche Strafe unnachsichtlich vollzogen werden, wenn einerseits das auf das Gesetz sich gründende richterliche Urtheil eine unbedingte Gewähr für eine der Schuld des Verbrechers entsprechende Strafe darböte, und wenn andrerseits die Vollziehung der wirklich verschuldeten Strafe in jedem Falle der Gerechtigkeit zu dienen vermöchte. Die endliche Natur des historischen Rechtes und Staates bringt es mit sich, daß beide Voraussetzungen nicht in jedem Falle zutreffen, und daß deshalb um der Gerechtigkeit willen die nach dem Gesetze verwirkte Strafe überhaupt nicht, oder nicht vollständig vollzogen werden darf. Die Begnadigung ist es, durch welche in solchem Falle die Strafe ganz oder theilweise aufgehoben wird. Liegt es in der Natur des Begnadigungsrechtes, daß es in seiner Ausübung an keine formell festgestellten Voraussetzungen gebunden sein kann, so ist doch der Grund, welcher die Institution des Begnadigungsrechtes als nothwendig und in sich gerechtfertigt erscheinen läßt, allein die Gerechtigkeit. Dagegen kann allerdings der Anlaß zu seiner Ausübung ein verschiedener sein. Er kann einerseits geboten werden durch die Rücksicht auf den Schuldigen, insofern entweder dieselbigen Gründe, welche es nothwendig machen den Richter zu einer über das gesetzliche Minimum der Strafe hinausgehende Milderung derselben zu ermächtigen, in einem Maße wirken, das eine die Grenzen der richterlichen Befugniß überschreitende Milderung fordert, oder insofern es sich im concreten Falle, bei einer alle obwaltenden Verhältnisse und die ganze sittliche Persönlichkeit des Schuldigen umfassenden Beurtheilung, ergiebt, daß an ihm der wesentliche Zweck der wirklich verschuldeten Strafe angemessener und sicherer durch einen Act der Gnade erreicht wird. Soll aber in der Strafe die Gerechtigkeit sich nicht bloß am Willen und Bewußtsein des Schuldigen, sondern eben so sehr an dem der Nichtschuldigen, am Volke und Staate erfüllen, so kann andrerseits auch durch diese Rücksicht der Anlaß zur Begnadigung geboten sein. Der historische Staat vermag um seiner Natur willen die Gerechtigkeit immer nur annäherungsweise zu verwirklichen, und darum ist es die Aufgabe, zwar nicht des Richters, wohl aber der Staatsgewalt, die Gerechtigkeit in dem unter den

gegebenen Verhältnissen möglichen Maße zu verwirklichen, eine Aufgabe, der es widersprechen würde, wenn, um dem Rechte in irgend einer beschränkteren Beziehung zu dienen, das Recht in ausgedehnterer Beziehung verletzt oder gefährdet werden sollte. Daher kann die Gerechtigkeit auch eine vom Schuldigen in keiner Weise verdiente Begnadigung fordern. Kommt es aber bei der Begnadigung darauf an die Strafe und deren Wirksamkeit nicht bloß nach Gründen des formellen Rechtes zu würdigen, und sie in ihrem Verhältnisse zu dem gesammten Rechtsleben des Volkes und Staates aufzufassen, so kann sie auch eben darum nur von der höchsten Gewalt im Staate ausgehen.

Anmerk. Obwohl das Begnadigungsrecht seit dem 17. Jahrhundert eine ziemlich umfangreiche Litteratur aufzuweisen hat, indem es nicht bloß vom strafrechtlichen, sondern auch vom staatsrechtlichen Standpunkte aus vielfach erörtert wurde, so blieb doch die geschichtliche Entwickelung desselben bis heut noch sehr unklar, und auch der neuste Versuch sie aufzuhellen ist durchaus ungenügend [1]). Daß auf die gemeinrechtliche Gestaltung des Begnadigungsrechtes die Grundsätze des römischen Rechtes von wesentlichem Einflusse waren, ist freilich nicht zweifelhaft, obwohl, wie sogleich gezeigt werden soll, die des deutschen Rechtes hierbei nicht weniger wirksam gewesen sind.

Die Abolition des römischen Rechts [2]) hat mit dem heutigen Begnadigungsrechte durchaus nichts gemein, indem sie niemals das Verbrechen selbst oder dessen Strafbarkeit tilgte, sondern nur das Strafverfahren aufhob, das aber in Folge einer neuen Anklage gegen denselben Angeklagten und wegen desselben Verbrechens wieder aufgenommen werden konnte. Die Abolition ertheilte also dem Ankläger das Recht, ohne einen rechtlichen Nachtheil zu erleiden, die erhobene Anklage fallen lassen zu dürfen, sei es, daß sie als abolitio privata [3]) vom Richter in Bezug auf eine bestimmte Anklage ertheilt wurde, daß sie als abolitio ex lege [4]) wegen eines

1) Plochmann Das Begnadigungsrecht. 1845.

2) Hermann De abolit. crimin. 1834. Geib Geschichte des Crim. Proz. S. 572 flg. Rein Criminalr. der Römer S. 273 flg. Plochmann a. a. O. S. 12 flg.

3) L. 3. C. de abolit. 9, 42. L. 13. §. 1. D. ad Sct. Turpill. 48, 16.

4) L. 3. §. 1. 4. D. de accus. et inscript. 48, 2. L. 35. D. ad leg. Iul. de adult. L. 10. pr. D. ad Sct. Turp. 48, 16.

gesetzlichen Hindernisses der Accusation eintrat, oder als abolitio publica sive generalis [5]) vom Senat oder Kaiser in Betreff aller Anklagen, oder der auf bestimmte Arten von Verbrechen sich beziehenden gegeben wurde. Von der Abolition verschieden sind die Fälle einer wirklichen Begnadigung, die in verschiedener Form allerdings schon seit der ältesten Zeit vorkommt. Dahin gehören in älterer Zeit die Fälle einer im Interesse des Staates von Volk und Senat ertheilten Amnestie, durch welche vor Beginn des Strafverfahrens dieses niedergeschlagen und Straflosigkeit zugesichert wird [6]), so wie die Fälle einer in integrum restitutio desjenigen, gegen welchen die aquae et ignis interdictio ausgesprochen war, wozu eine eigene lex erfordert wurde [7]). Viel häufiger kommen die Fälle der Begnadigung in der Kaiserzeit vor. An die schon in der Zeit der Republik vorkommende Intercession eines magistratus, durch welche ein Aufschub des Strafurtheils und damit der Bestrafung bewirkt wurde, schließt sich die indulgentia an, welche, vom Kaiser ertheilt, den Fortgang des Verfahrens für immer hemmte [8]), während die Intercession höchstens bis zum Ende der Amtsdauer des betreffenden magistratus wirksam war. Die Stellung der Kaiser erklärt es, daß die indulgentia bald an keine weitern Grenzen mehr gebunden war, daher nicht bloß nach Beginn des Verfahrens vor gefälltem Urtheile, sondern auch vor Einleitung des Verfahrens oder nach ergangenem Urtheile ertheilt wurde, und daher entweder Niederschlagung des Strafverfahrens oder Tilgung, oder auch Milderung der Strafe bewirkte [9]). Nicht weniger wurde verurtheilten Schuldigen durch den Kaiser Restitution ertheilt, welche, wenn sie in ihrer Wirkung nicht ausdrücklich beschränkt war, das Verbrechen in allen seinen Folgen tilgte und den Begnadigten in seinen vorigen Stand zurück versetzte [10]). Was das ältere einheimische Strafrecht betrifft, so ist es einerseits eben so gewiß, daß einzelne Fälle von Begnadigungen vorgekommen sind, als es andrerseits nicht geleugnet werden kann, daß bis zum Ausgange des Mittelalters die Begnadigung als eine geordnete Rechtsinstitution durchaus unbekannt ist. Von

---

5) L. 2. §. 1. D. de cust. reor. 48, 3. L. 12. D. ad Sct. Turp. 48, 16.

6) Beispiele bei Rein S. 264—265.

7) Rein S. 266—267.

8) Tacit. Ann. XIII, 43.

9) L. 9. 10. ad leg. Corn. de fals. L. 4. C. §. 1. D. ad leg. Iul. mai. 48, 4. L. 14. §. 2. D. de exhibit. et cust. 48, 3. L. 1. §. 27. D. de quaest. 48, 18. L. 3. 4. C. de his qui sibi 9, 23.

10) L. 1. C. de sent. pass. 9, 51. L. 3. §. 2. D. de mun. et hon. 50, 4. §. 1. J. quib. mod. patr. 1, 12.

allen übrigen mitwirkenden Momenten abgesehen, stand der Entwickelung des Begnadigungsrechtes die Auffassung des Verbrechens entgegen, nach welcher es vorwiegend als Verletzung einer subjectiven Berechtigung, und darum die Strafe als eine dem Verletzten schuldige Genugthuung erschien. Zieht das Verbrechen nur eine Delicts-Obligation nach sich, so kann auch folgerecht nicht von einer eigentlichen Begnadigung, sondern höchstens von einem Verzichte des Verletzten und des Richters auf Buße und Gewedde die Rede sein. Freilich mangelte es ja schon der ältesten Zeit nicht an dem Bewußtsein, daß das Verbrechen sich nicht nur gegen das Recht des Beschädigten, sondern als Friedensbruch auch gegen das der politischen Gemeinde richte, und jemehr dies Bewußtsein erstarkte, um so mehr verschwand das Compositionen-System und bildete sich ein System öffentlicher Strafen, mit dessen Entwickelung offenbar das Bedürfniß eines Begnadigungsrechtes sich steigern mußte. Aber auch bei der öffentlichen Strafe war die Rücksicht auf die dem Verletzten zu gewährende Genugthuung die vorwiegende, die darum einer von der Staatsgewalt ausgehenden Begnadigung hindernd entgegenstand. Dazu kam, daß, soweit von einem Verzichte der Staatsgewalt auf ihr Recht zu strafen etwa die Rede sein konnte, vermöge der herrschenden politischen und Verfassungszustände, nicht etwa der Kaiser innerhalb des Reiches oder auch nur der Landesherr innerhalb des Territoriums als der höchste und alleinige Repräsentant der Strafgewalt des Staates erschien, sondern daß jeder Richter und Gerichtsherr, dem, wo es sich um Bußen handelte, das Gewedde zukam, auch als selbständiger Inhaber der Strafgewalt aufgefaßt wurde. Hiernach konnte also folgerecht ein Act der Gnade nur von dem Verletzten unter Zustimmung des Richters ausgehen, und als ein solcher Gnadenact ist allerdings die Ledigung der Strafe, d. h. die Verwandelung der öffentlichen Strafe in eine dem Verletzten zu zahlende Buße und ein dem Richter gebührendes Gewedde, zu betrachten [11]). Der Kaiser, und dem entsprechend wohl auch der Landesherr, konnte darum ganz selbständig begnadigen, falls er selbst unmittelbar, wie bei Majestätsverbrechen, als Richter und als der Verletzte erschien, und dafür fehlte es nicht an historischen Beispielen [12]). Im Uebrigen aber gedenkt die Reichsgesetzgebung der Begnadigung nur insofern, als es ihr darauf ankommt das ausschließliche Recht des Verletzten und des Richters eine Ledigung der Strafe zu bewilligen gegen unberechtigte Eingriffe in Schutz zu nehmen [13]). Bei den italienischen Criminalisten ist von

11) Vgl. oben Bd. I. S. 45.
12) Plochmann S. 26.
13) Const. contra incend. a. 1187. Const. pac. a. 1235. n. 3. Land-

einer eigentlichen Begnadigung überhaupt nicht die Rede, sondern sie gedenken nur mehr oder weniger ausführlich der Grundsätze des römischen Rechts über die Abolition. Erst im 16. Jahrhundert wird auch in dieser Beziehung römisches und germanisches Recht combinirt, indem in wunderlicher Weise die römische Abolition und die germanische Ledigung der Strafe mit einander verschmolzen werden. Am vollständigsten findet sich die ganze Lehre entwickelt bei Paulus Girlandus [14]), der hierin auch für die spätere Zeit die Autorität bleibt. Dem germanischen Rechte schließt er sich hierbei insofern an, als er nirgends von der Abolition, sondern nur von der Composition spricht, und darunter eine Tilgung der Criminalstrafe durch eine theils dem Richter, theils dem Verletzten zu gewährende Geldbuße versteht. An die römische Abolition lehnt er sich insofern an, als eine vom Richter und Verletzten ausgehende Composition nur vor dem Urtheile zulässig sein soll, während sie nach gefälltem Urtheile als ein dem princeps ausschließlich gebührendes Recht bezeichnet wird. Hierbei ist es bemerkenswerth, daß er die Zulässigkeit der Composition an das Vorhandensein verschiedener Billigkeitsrücksichten zu knüpfen und sie dadurch zu rechtfertigen sucht, weshalb er sie schließlich denn auch als quandam gratiae speciem bezeichnet. Schon Clarus [15]) bestimmt dagegen die, als gratia bezeichnete, Begnadigung als ein von Rechtswegen allein dem princeps zustehendes Recht, obwohl er hinzufügt, daß es nach dem Herkommen auch von anderen Gerichtsherren geübt werde, und daß nach allgemein feststehender Praxis die Begnadigung die vorherige Zustimmung des Verletzten voraussetze. Der Einfluß dieser Ansichten der italienischen Criminalisten giebt sich sofort seit dem 16. Jahrhundert in der deutschen Strafgesetzgebung zu erkennen. Die ohne Zweifel in höchst ausgedehntem Maße geübte Ledigung der Strafe kam freilich in der Wirkung mit der Begnadigung überein, wogegen sie in ihrem Grunde von dieser durchaus verschieden war, da es sich hier keineswegs um eine aus höheren rechtlichen und sittlichen Gründen gerechtfertigte Tilgung der Strafe, sondern um einen durchaus willkürlichen, meist durch das Geldinteresse bestimmten, Verzicht des Richters und Verletzten auf die Strafe handelte, deren Vollstreckung nur den Zweck zu haben schien, einer subjectiven Berechtigung des Richters und Verletzten Genüge zu leisten. Wenn daher die Bambergen-

---

friede von Eger 1437 §. 1. von Frankfurt 1486 §. 4—5. von Worms 1495 §. 9.

14) Paulus Girlandus Tract. de relaxatione carceratorum §. de poen. composit.

15) §. fin. qu. 59. cf. P. Farinacius qu. 6.

sis Art. 272 den Richtern es verbietet die peinliche Strafe ohne landesherrliche Genehmigung in Geldbuße zu verwandeln, „wann unser meynung in alweg ist, furderlich und endtlich straff und verkumung der misselat, gemeinen friden und nutz, und nit den geniess und das gelt (als der Taschen Richter gewonheyt ist) zu suchen“ so giebt sich darin die höhere Auffassung der Strafe zu erkennen, deren Vollstreckung nicht bloß ein Recht, sondern eine um der Gerechtigkeit willen zu übende Pflicht des Landesherrn sei, und deren Erlaß darum folgerecht nicht um des Geldes willen von Kläger und Richter, sondern nur vom Landesherrn unter Berücksichtigung seiner Regentenpflichten gewährt werden könne. In derselben Zeit sehen wir in der Mark Brandenburg den Churfürsten das Begnadigungsrecht als ein ihm allein gebührendes in Anspruch nehmen [16]), wenn es auch hier in der Regel noch in der Form des Loskaufens der Strafe gegen eine Geldbuße geübt wurde, und das Gleiche erfolgt in Sachsen durch eine Bestimmung des Landtags-Abschiedes von 1555 [17]). Die Folge davon war, daß seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts das Begnadigungsrecht von der strafrechtlichen wie staatsrechtlichen Doctrin zu den Regalien gezählt wurde, obwohl es auch jetzt noch und selbst bis ins 18. Jahrhundert seinen historischen Ursprung nicht verleugnen konnte. Wenn zwar Carpzow [18]), der das Begnadigungsrecht zuerst in wissenschaftliche Form zu fassen versucht, es aus allgemeinen politischen Gründen zu rechtfertigen bemüht ist, so erscheint doch auch bei ihm der Gnadenact vorwiegend als ein willkürlicher Verzicht auf die Ausübung einer dem Landesheren zustehenden individuellen Berechtigung. Darum soll der Landesherr in den Fällen nicht begnadigen dürfen, in welchen nicht er, sondern Gott selbst ein Recht auf die Strafe darum hat, weil diese sich auf ein göttliches Gebot gründet [19]); darum soll in anderen Fällen der Landesherr nur begnadigen dürfen, wenn dadurch das rechtliche Interesse des Staates und der Privatpersonen nicht beeinträchtigt wird, weshalb auch die Gerichte sich für befugt erachteten, im concreten Falle durch das Urtheil selbst die Unzulässigkeit der Begnadigung auszusprechen; darum endlich soll das ausschließliche Begnadigungsrecht des Landesherrn sich auf die Fälle beschränken, in denen auf Todesstrafe erkannt wurde,

---

16) Vgl. oben Bd. I. S. 51—53 und die dort angeführten Urkunden.
17) Bd. I. S. 134.
18) Pract. crim. qu. 150.
19) Cf. Wurmser (Schwartz) De iure aggrat. 1647. p. 56 seq. Erst im Anfange des 18. Jahrhunderts wird dieser Grundsatz bestritten. Cf. Hannecker De iure gratiae principis christiani in reos poenae capitalis. 1701. Thomasius De iure adgratiandi principis evangelici. 1707.

während bei leichteren Criminalstrafen das Begnadigungsrecht den Gerichtsherrn zugesprochen wird, indem nur jene schwereren Verbrechen als solche angesehen werden, welche dem Landesherrn selbst das Recht zu strafen verleihen. Wie sehr aber noch im 17. und selbst bis ins 18. Jahrhundert die Criminalstrafen in der alten Weise durch Geldbußen geledigt wurden, zeigen die allgemeinen Klagen darüber, daß die Gerichte sich der steigenden Zahl der Verbrechen als einer reichen Einnahmequelle erfreuen [20]), und selbst in Preußen, das sich durch seine Strafrechtspflege vor anderen Ländern auszeichnete, war noch unter Friedrich Wilhelm I. das Abkaufen der Strafe in Gebrauch [21]). Erst die Doctrin des 18. Jahrhunderts befreite allmälig das landesherrliche Begnadigungsrecht von den ihm bisher auferlegten Beschränkungen, und es erscheint nun als ein allein und unbeschränkt vom Landesherrn zu übendes Recht, das entweder als Abolition d. h. als Niederschlagung des Strafverfahrens vor gefälltem Urtheile, oder als Begnadigung im engern Sinne d. h. als Erlaß oder Milderung der zuerkannten Strafe, oder als Restitution d. h. als Aufhebung der strafrechtlichen Folgen des Verbrechens nach begonnener Strafvollstreckung, geübt werden kann [22]). In der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts wurde aber auch das Begnadigungsrecht Gegenstand der rechtsphilosophischen und criminalpolitischen Untersuchung, und es entsprach vollkommen der eigenthümlichen Aufgabe, welche man damals der Strafgesetzgebung glaubte stellen zu müssen [23]), daß man das Begnadigungsrecht als ein durchaus verwerfliches betrachtete, weil jeder Grund und jedes Bedürfniß für dasselbe wegfalle, wofern nur die Strafgesetzgebung ihrer wesentlichen Aufgabe entsprechend gestaltet sei [24]). Bemerkenswerth ist es, daß Kant [25]), seiner Auffassung von Recht und Staat entsprechend, auf den Standpunkt des ältern deutschen Rechts zurückkehrt, und die Zulässigkeit der Begnadigung auf die Fälle beschränkt, in denen das Verbrechen unmittelbar gegen den Staatsherrscher gerichtet war, während ihm in allen anderen Fällen die Gnade als ein Unrecht gegen den Verletzten erscheint. Diese Anfeindungen des Begnadigungsrechtes erschienen aber allerdings wohl berechtigt

---

20) Cf. Wurmser l. c. p. 46. Graff De iure aggratiandi. 1668. p. 28.
21) Bd. I. S. 187.
22) Engau II. §. 369 sq. Püttmann Elem. §. 1057 sq. Koch Inst. §. 147 sq. Quistorp §. 848 flg.
23) Vgl. darüber oben Bd. I. S. 194 flg.
24) Filangieri System der Gesetzgeb. IV. 57. Beccaria Von Verb. und Straf. §. 20. Vgl. auch Grolman §. 101., der die Begnadigung auf die Strafmilderung beschränken will.
25) Rechtslehre S. 206.

gegenüber dem historischen Ursprunge und der bisherigen Auffassung desselben, wonach seine Uebung als ein der Handhabung der Gerechtigkeit entgegengesetzter Act grundloser Willkür, als Verzicht auf ein Recht sich darstellte, dessen Ausübung seiner Natur nach zugleich rechtliche und sittliche Pflicht sei. Das Verdienst der neuern Doctrin ist es dagegen gewesen, daß sie sich bemühte das Begnadigungsrecht durch Lösung des vermeintlichen Gegensatzes der Bestrafung als eines Actes der Gerechtigkeit, und der Begnadigung als eines Actes rechtloser Willkür, wissenschaftlich zu begründen. Es ist dies in verschiedener Weise versucht worden, und zwar zunächst indem man darauf hinwies, daß, von einem möglichen Mißbrauche abgesehen, auch die Begnadigung nicht ein Act der Willkür, sondern ebenso wie das richterliche Urtheil an feste Normen gebunden sei, nur mit dem Unterschiede, daß es hier darauf ankomme Normen zur Geltung zu bringen, die Seitens des Richters eine Berücksichtigung nicht finden können, weil sie dem Rechte überhaupt nicht angehören, während doch der Staat gleichwohl nicht nur die Idee der Gerechtigkeit, sondern ebensosehr auch andere ethische Ideen zu verwirklichen habe [26]). Abweichend hiervon suchten Andere die Begnadigung vom rechtlichen Standpunkte aus zu begründen. Mit der Praxis, wie sie sich im 18. Jahrhundert besonders in Preußen gestaltet hatte [27]), stimmt es überein, wenn man den Gnadenact als ein richterliches Urtheil letzter Instanz auffaßte. Man ging hierbei von der Ansicht aus, daß die Strafgesetzgebung ihrer Natur nach nie im Stande sein werde, durch positive Bestimmungen dem Richter die Möglichkeit zu gewähren in jedem concreten Falle die dem Maße der Schuld wirklich entsprechende Strafe auszusprechen, weshalb es darauf ankomme durch ein an das positive Gesetz nicht gebundenes Urtheil die Divergenz des formellen Rechtes und der materiellen Gerechtigkeit auszugleichen [28]). Die Folge einer solchen Auffassung ist aber die, daß diese Begründung des Begnadigungsrechtes nur zutrifft, falls der Gnadenact sich auf die Berücksichtigung eines besonders niedrigen Maßes der Schuld gründet, das nach den Bestimmungen des Gesetzes nicht genügend berücksichtigt werden konnte, so daß

---

26) Bayl Beiträge zum Criminalr. S. 142. Roßhirt Entwickelung §. 70. 71. Lehrb. §. 54. Zirkler in Weiskes Rechtslexikon I. 796 flg. Gans Erbrecht III. S. 11 flg. Köstlin Syst. §. 143 flg., der zwar einerseits die Gerechtigkeit als Zweck der Gnade bezeichnet, andrerseits aber den Gnadenact nicht bloß auf Rücksichten des Rechtes, sondern auch der Humanität gründen will.

27) Vgl. oben Bd. I. S. 187 flg.

28) Oersted Grundregeln I. S. 453 flg. Feuerbach Lehrb. §. 63. Henke Handb. I. S. 571. Jarke I. §. 56. Abegg Lehrb. §. 168. Berner Lehrb. §. 147.

dann ein aus anderen Rücksichten entsprungener Gnadenact entweder als ungerechtfertigt betrachtet, oder durch anderweitige der Criminalpolitik entnommene Gründe gerechtfertigt werden muß. Unter der Voraussetzung, daß es bei der Begnadigung immer nur darauf ankomme eine Differenz der gesetzlichen Strafe und des wirklichen Maßes der Schuld auszugleichen, war es durchaus folgerecht, wenn Trummer [29]) einerseits das Begnadigungsrecht darauf beschränkte, daß es nur in einem die Grenzen der richterlichen Befugniß überschreitenden Strafmilderungsrechte bestehen solle, andrerseits aber ihm auch eine diese Grenzen überschreitendes Strafschärfungsrecht beifügen wollte. Die Schwierigkeit, die Begnadigung auf die Gerechtigkeit zurückzuführen, ohne sie doch in zu enge Grenzen einzuschließen, wird nicht gelöst, sondern nur umgangen, wenn man eine auf die Gerechtigkeit sich gründende ordentliche, und eine davon verschiedene auf die Politik sich gründende außerordentliche Begnadigung unterscheidet [30]). Es kommt aber bei der Frage nach dem Grunde des Begnadigungsrechtes zunächst darauf an nicht nach einem Principe suchen zu wollen, das für alle Fälle seiner practischen Anwendung entscheidend wäre, da es, abgesehen von einem eigentlichen Mißbrauche, oft genug aus irgend welcher Zweckmäßigkeits-Rücksicht, die sich auf kein allgemeines Princip zurückführen läßt, geübt werden wird. Andrerseits darf aber auch das Begnadigungsrecht nicht in der Art zu eng begrenzt werden, daß seine Ausübung nur als eine der richterlichen Thätigkeit im Wesentlichen gleiche und diese ergänzende erschiene. Als eine nothwendige und in sich gerechtfertigte Rechtsinstitution wird es freilich nur erscheinen können, wenn die Gerechtigkeit der Zweck desselben ist, und wie die Strafe einerseits für den Schuldigen], andrerseits für den strafenden Staat eine rechtliche Nothwendigkeit ist, so wird auch die Gnade nach beiden Seiten hin als eine durch die Gerechtigkeit gebotene sich darstellen. Rücksichtlich des Schuldigen kommt es allerdings zuerst darauf an, durch die Gnade eine mögliche Differenz zwischen der gesetzlichen Strafe und der Schuld, die der an das Gesetz gebundene Richter nicht aufheben konnte, auszugleichen, und in dieser Beziehung hat die Gnade nur die Aufgabe das richterliche Urtheil zu ergänzen und das im concreten Falle unangemessen erscheinende Gesetz zu corrigiren. Darum ist hier der Consequenz nicht auszuweichen, daß der Staatsgewalt das Recht zustehen müßte eine solche mögliche Differenz ebenso nach der einen

---

29) Trummers u. Hudtwalckers Criminalistische Beiträge III. 2. S. 214 flg.

30) Plochmann a. a. O. S. 65 flg. Im Wesentlichen findet sich diese Ansicht schon bei Henke a. a. O.

Seite durch Milderung wie nach der andern Seite durch Schärfung der Strafe aufzuheben [31]). Handelt es sich hier nur darum auf dem Wege der Gnade ein der Schuld entsprechendes, gerechtes Strafurtheil zu fällen, so kann man sich auch dieser Consequenz gegenüber nicht darauf berufen, daß die Begnadigung eine von der richterlichen wesentlich verschiedene Thätigkeit wäre [32]). Wenn das positive Recht ein solches Schärfungsrecht nicht anerkennt, so hat dies seinen Grund einfach darin, daß aus solchem Rechte für die Gerechtigkeit eine Gefahr erwachsen würde, welche die einer möglicherweise zu milden Bestrafung weit überwiegt. In einer andern Beziehung ist dagegen die Begnadigung eine von der richterlichen specifisch verschiedene Thätigkeit. Die Strafe soll zwar dem Schuldigen dazu dienen an seinem Bewußtsein und Willen die Gerechtigkeit zu erfahren, und in das gerechte Verhältniß zum Rechte, aus dem er sich im Verbrechen losgerissen hat, zurückversetzt zu werden. Aber so nothwendig auch die Strafe an sich ist, so ist sie doch nicht das alleinige Mittel zur vollen rechtlichen und sittlichen Herstellung des Verbrechers, die vielmehr noch durch manche anderweitige Einflüsse, über welche der Richter nicht zu gebieten vermag, bedingt wird. Daher wird die Strafe nicht nur, wie es die Erfahrung lehrt, am Schuldigen oft genug ihren Zweck verfehlen, sondern es kann auch im concreten Falle der Vollzug der Strafe ihrem Zwecke widersprechend erscheinen, indem sich bei einer umfassenden Würdigung aller obwaltenden Verhältnisse und der ganzen sittlichen Persönlichkeit des Schuldigen ergiebt, daß für ihn der wesentliche Zweck der Strafe besser und sicherer durch einen theilweisen oder vollständigen Erlaß derselben erreicht wird. Auch hier kommt es also darauf an durch den Gnadenact der Gerechtigkeit zu dienen, aber der Anlaß dazu liegt nicht darin, daß die gesetzliche Strafe nicht verdient wäre, sondern in Erwägungsgründen, die überhaupt nicht vor das Forum des Richters gehören, und insbesondere ist hierbei zu beachten, daß der Gnadenact nicht bloß die negative Wirkung haben soll, den Vollzug der Strafe ganz oder theilweise zu hindern, sondern auch die positive Wirkung, wie die Strafe, einen sittlichen Einfluß auf den Begnadigten auszuüben, der im concreten Falle besser als der der Strafe demselbigen Zwecke dient, eine Voraussetzung, von der man z. B. in der Regel bei der Amnestirung politischer Verbrecher ausgehen wird. Endlich aber kommt noch in Betracht daß, obwohl die Strafe ebenso vom Schuldigen vollaus verdient, wie für ihn, um ihres Zweckes willen, nothwendig

---

31) Vgl. Trummer a. a. O.
32) So Köstlin Syst. §. 145.

erscheinen mag, dennoch ein Gnadenact durch die Rücksicht gefordert sein kann, daß die Strafe nicht bloß am Schuldigen, sondern auch am Volke und Staate der Gerechtigkeit dienen soll. In dieser Beziehung ist es ganz richtig, daß für die Staatsgewalt das Recht nicht die alleinige Norm ihres Handelns ist, sondern daß sie sich auch durch Gründe der Politik bestimmen lassen muß. Aber man darf darum Recht und Politik nicht als absoluten Gegensatz auffassen, indem sie vielmehr in dem Verhältnisse zu einander stehen, daß die Gerechtigkeit der ausschließliche Zweck des Handelns bleibt, während es bei der Erwägung der Mittel darauf ankommt zu entscheiden, wie ihr unter den gegebenen Voraussetzungen, die nicht immer eine rücksichtslose Geltendmachung des Richters und der Gerechtigkeit nach allen Seiten hin zulassen, am besten zu dienen sei. So wird, um seiner endlichen Natur willen, der Staat oft genug in die Lage kommen, das Unrecht in einem beschränkten Maße zulassen zu müssen, um ein ausgedehnteres Unrecht zu verhüten, und man wird, wenn er unter zwei rechtlichen Uebeln das Kleinere wählt, nicht sagen dürfen, daß er nicht der Gerechtigkeit gedient habe. Daher kann auch der Erlaß einer verdienten und im concreten Falle für den Schuldigen durchaus nothwendigen Strafe darum erforderlich sein, weil es darauf ankommt vom Volke und Staate einen ausgedehnteren rechtlichen Schaden abzuwenden, und die Beispiele eines solchen Gnadenactes bedürfen keiner weitern Erörterung. Von selbst versteht es sich, daß im einzelnen Falle die Begnadigung aus mehreren dieser Gründe zugleich geboten sein kann.

§. 158. Das Begnadigungsrecht steht in Preußen ausschließlich dem Könige zu [1], insoweit nicht durch besondere Gesetze dessen Ausübung für gewisse Arten strafbarer Handlungen oder Strafen bestimmten Staatsbehörden übertragen ist [2]. Es erstreckt sich dasselbe über alle strafbaren Handlungen, gleichviel ob zu deren strafrechtlicher Verfolgung die eigentlichen Strafgerichte oder

---

1) A. L. R. II. 13. §. 9—11. Krim. O. §. 590—596. Verf. Urk. Art. 49. Vergl. Rönne Preuß. Staatsrecht I. S. 216 flg. Temme Lehrb. §. 102.

2) Eine solche Uebertragung, die ein besonderes Gesetz, jetzt also auch die Zustimmung der beiden Häuser des Landtages voraussetzt, gestattet das A. L. R. und die Krim. O. a. a. O., und es hat eine solche beschränkte Uebertragung stattgefunden an den Finanz-Minister, den Justiz-Minister, den General-Postmeister (jetzt Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten), den Provinzial-Steuer-Director und die Bezirks-Regierungen. Vgl. Rönne a. a. O. S. 219 flg.

andere Behörden competent sind[3]). Beschränkt ist in dieser Beziehung seine Ausübung durch die Bestimmung, daß zu Gunsten eines, wegen seinen Amtshandlungen verurtheilten, Ministers die Begnadigung nur auf den Antrag derjenigen Kammer erfolgen kann, von welcher die Anklage ausgegangen ist[4]). Seiner Natur nach an keine Zeit und keine weiteren gesetzlichen Bedingungen gebunden, kann auch in Preußen das Begnadigungsrecht vor der Einleitung der Untersuchung oder vor dem Strafurtheile (Abolition), vor oder während des Strafvollzuges (Begnadigung im engeren Sinne) oder auch nach dem Vollzuge der Hauptstrafe, soweit es sich darum handelt, accessorische Strafen aufzuheben und erlittene Strafen zu vergüten (Restitution), erfolgen. Jedoch kann die Niederschlagung einer bereits eingeleiteten Untersuchung nur auf Grund eines in verfassungsmäßiger Form ergangenen Gesetzes stattfinden[5]). Die Begnadigung kann sich demnach äußern als Befreiung von der strafrechtlichen Verfolgung, als gänzlicher oder theilweiser Erlaß der erkannten Strafe, in welchem letztern Falle sie auch in einer Verwandlung der härteren in eine gelindere Strafe bestehen kann, so wie als Erstattung einer gezahlten Geldstrafe oder eines confiscirten Gegenstandes. Die Abolition erstreckt sich zugleich auf alle Theilnehmer an der strafbaren Handlung[6]), die Begnadigung und Restitution nur auf denjenigen, zu dessen Gunsten sie ertheilt wurde, und seiner rechtlichen Bedeutung nach kann der Gnadenact in keinem Falle von der Zustimmung des Begnadigten abhängig sein. Niemals aber kann irgend ein Gnadenact auf die wohlerworbenen Rechte einer andern Privatperson von Einfluß sein[7]).

---

3) Also auch auf solche Strafsachen, welche zur Cognition der Administrativbehörden gehören, so wie auf Disciplinarstrafsachen.
4) Verf. Urk. Art. 49.
5) Verf. Urk. a. a. O.
6) Krim. O. §. 591.
7) A. L. R. II. 13. §—11.

Bonn, Druck von Carl Georgi.

Hälschner, Hugo,

Das preußische Strafrecht

Bd.: 2

Bonn 1858